Lasha-Giorgi Kutalia

HANDLUNGSLEHRE

STRAFRECHTLICHE KONZEPTION

CUVILLIER VERLAG

Dem Andenken an Tinatin Tsereteli gewidmet

HANDLUNGSLEHRE

STRAFRECHTLICHE KONZEPTION

Von

a. o. Prof. Dr. Lasha-Giorgi Kutalia

Göttingen, 06. Mai 2011
Seiten: 215
Auflage: 1 Aufl.
Sprache: DE
ISBN-10: 3869557435
ISBN-13: 9783869557434

Göttingen 2011

INHALT

EINLEITUNG 10

ERSTER TEIL
DIE ZENTRALEN HANDLUNGSLEHREN DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS 12

I. KAUSALISMUS 12

1. HANDLUNG ALS AUßENWELTVERÄNDERUNG 12
1. 1. WILLKÜRLICHE KÖRPERBEWEGUNG 12
1. 2. DER NATURALISTISCHE SCHULDBEGRIFF 12
1. 2. 1. KAUSALITÄT DES WILLENS 12
1. 2. 2. KONZESSION DES KAUSALISMUS 13
1. 3. DAS „GESELLSCHAFTLICH“ DEZISIVE ÄUßERE 14
1. 3. 1. SCHULDLOSIGKEIT 14
1. 3. 2. DAS RECHT – REGELUNG DES ÄUßEREN 15
1. 3. 3. DIE UNUMKEHRBARE ABWANDLUNG 16
1. 4. ZURECHNUNGSFÄHIGKEIT ALS HANDLUNGSFÄHIGKEIT 17

2. UNTERLASSUNG UND VERSUCH 17
2. 1. GESOLLTE HANDLUNGSERWARTUNG 17
2. 2. MANGEL AM TATBESTAND 18

3. DER VERBRECHENSSYSTEMATISCHE ASPEKT 20
3. 1. VERBRECHENSAUFBAU VS. VERBRECHENSBEGRIFF 20
3. 2. NATURALISTISCHE WURZELN DES ORDNUNGSTECHNISCHEN HANDLUNGSBEGRIFFS 21
3. 3 DAS PRAKTIKABLE STRAFTATSYSTEM 23

II. FINALISMUS 25

1. DER INDIVIDUALPSYCHISCHE ANSATZ *WELZELS* 25
1. 1. SUBJEKTIVE ZWECKLÄUFIGKEIT ALS NATURALISMUS 25
1. 2. GENUIN FINALER VORGRIFF AUF DIE SCHULD? 26

2. VERBRECHENSLEHRE 27
2. 1. FINALE HANDLUNG UND DER BEGRIFF DES VERBRECHENS 27
2. 2. DIDAKTISCHE VORTEILE 28
2. 2. 1. DAS „PERSONALE“ UNRECHT 28
2. 2. 2. DER REIN NORMATIVE SCHULDBEGRIFF 30

3. ZUR *ROXIN*SCHEN KRITIK DES FINALISMUS 31
3. 1. DIE RECHTLICH-SOZIALE FINALITÄT 31
3. 2. DER „SPEZIFISCH STRAFRECHTLICHE“ HANDLUNGSBEGRIFF 32

4. „FINALISIERUNG“ DES METAFINALEN 33
4. 1. FAHRLÄSSIGKEIT 33
4. 1. 1. POTENTIELLE FINALITÄT 33
4. 1. 2. VERMEIDBARKEIT ALS UNWESENTLICHES BEIWERK DES FINALISMUS 34
4. 1. 3. DIE SELBST-MARGINALISIERUNG DER FINALITÄT 35
4. 1. 4. NORMATIVIERUNGSVERSUCH? 36
4. 1. 5. BEZUG AUF DIE AKTUELLE FINALITÄT NACH *NIESE* 36
4. 2. EXKURS: BIOKYBERNETISCHE BETRACHTUNGSWEISE 37
4. 3 GLEICHGÜLTIGKEIT UND VIRTUELLE ÜBERDETERMINATION 38
4. 4. TATHERRSCHAFT DES HAUPTTÄTERS VS. FINALITÄT DER TEILNAHME 39

5. SOZIALE IN/ADÄQUANZ 40

III. SOZIALE HANDLUNGSLEHRE 43

1. OBJEKTIVE SINNHAFTIGKEIT 43
1. 1. HANDLUNG ALS SOZIALES PHÄNOMEN 43
1. 2. ADÄQUANZGEDANKE 43

2. HANDLUNGSSUBJEKT 44
2. 1. DER BEGRIFF DER PERSON 44
2. 2. INDIVIDUALITÄT DES HANDELNDEN NACH *E. A. WOLFF* 45
2. 3. STRAFTAT ALS AUSDRUCK DER PERSÖNLICHKEIT 46
2. 3. 1. AUSDRUCK DER GEISTIGKEIT 46
2. 3. 2. TÄTERSCHULDPRINZIP? 47
2. 4. VORRECHTLICHKEIT DES LEITENDEN GESICHTSPUNKTES 48
2. 5. OBJEKTIVE PERSONALITÄT 50

3. HAUPTFUNKTIONEN DES HANDLUNGSBEGRIFFS NACH *MAIHOFER* 51

4. DER STRAFRECHTLICH RELEVANTE WERTUNGSSTANDPUNKT 53

5. FUNKTIONALE NEUTRALITÄT 55
5. 1. ORDNUNGSTECHNISCHE FUNKTIONALITÄT 55
5. 2. ABLEHNUNG DES „NORMATIV-SOZIALEN“ GRUNDSATZES 56
5. 3. KÖNNEN UND VERMEIDBARKEIT 57
5. 4. NEUTRALITÄTSDILEMMA 58

6. DER SOZIALE HANDLUNGSBEGRIFF NACH *BUBNOFF* 60

IV. PERSONALE HANDLUNGSLEHRE 63

1. MENSCH UND HANDLUNG NACH *ARTH. KAUFMANN* 63

3. DER ALLGEMEINE HANDLUNGSBEGRIFF 65
3. 1. ALLGEMEINER HANDLUNGSBEGRIFF VS. FUNKTIONALE SINNDEUTUNG? 65

3. 2. RECHTSBEZIEHUNG – INSTITUTIONELL KOMPETENTE INTERAKTION 67
3. 3. DER SPEZIFISCH STRAFRECHTLICHE HANDLUNGSBEGRIFF 68
3. 4. DUALISMEN 70
3. 5. EINHEIT DES HANDLUNGSBEGRIFFS 72
3. 6. KOMPLEXITÄT DES SOZIALEN ASPEKTS 73

4. HANDLUNGSAUFBAU UND DELIKTSAUFBAU 75
4. 1. DIE HERKÖMMLICHEN UNIPOLARITÄTEN 75
4. 2. ONTOLOGISCHE STUFEN DES HANDLUNGSBEGRIFFS 75
4. 3. NOTWENDIGKEIT DER UMDEFINIERUNG DER SOZIALITÄT 79
4. 4. DER ONTOLOGISCHE KNOTEN 81
4. 5. ZUR KONKRETISIERUNG DER MATERIALITÄT 83
4. 5. 1. MATERIELLE INTERDEPENDENZ 83
4. 5. 2. DER MATERIELLE HANDLUNGSBEGRIFF 85
4. 5. 3. INHALT UND FUNKTION DES HANDLUNGSBEGRIFFS 87

5. DAS PERSONALE 88
5. 1. ABSTRAKTE OBJEKTIVITÄT 88
5. 2. PERSON – VERANTWORTLICHES WESEN 90

6. DER PERSONALE HANDLUNGSBEGRIFF *ROXINS* 92
6. 1. HANDLUNG ALS PERSÖNLICHKEITSÄUßERUNG 92
6. 2. SOZIALITÄT UND RECHTLICHE BEWERTUNG 93
6. 3. PARALLELEN UND DIFFERENZEN ZU WEITEREN HANDLUNGSBEGRIFFEN 96
6. 4. DIE FUNKTIONSGERECHTE HANDLUNG 98

V. DER NEGATIVE HANDLUNGSBEGRIFF 100

1. VERMEIDBARES NICHTVERMEIDEN IN DER GARANTENSTELLUNG 100
2. NORMATIVE VERSTÄNDIGUNG 100
2. 1. HANDLUNG ALS KOMMUNIKATIV RELEVANTE STELLUNGNAHME 100
2. 2. PERSON ALS KOMMUNIKATIONSTEILNEHMER 101
2. 3. KOMMUNIKATION UND RECHTSBEZIEHUNG 103

3. LEISTUNGSFÄHIGKEIT DER NORMATIVITÄT 104
3. 1. INSTITUTION 104
3. 2. SUBJEKT DER RECHTSBEZIEHUNG 105
3. 3. DIE „GENUINEN“ GEBOTE 106
3. 4. VERHALTENSFREIHEIT UND FOLGENVERANTWORTUNG 108
3. 5. DER POSITIVE UND DER NEGATIVE STATUS 110
3. 6. STRAFRECHTSTHEORETISCHE UND -TECHNISCHE BEFUNDE 111
3. 7. „ENTZAUBERUNG“ 112
3. 7. 1. ZUSTÄNDIGKEIT UND NORMGELTUNGSSCHADEN 112
3. 7. 2. KALKULATION 114
3. 7. 3. NORMKENNTNIS 115

3. 7. 4. VERMEIDBARKEIT 118
3. 7. 5. INDIVIDUALITÄT UND DER OBJEKTIVE MAßSTAB 119
3. 7. 6. DER VERSARI-GEDANKE 120
3. 7. 7. VERSUCH IM PRISMA DER „ENTZAUBERUNG“ 121
3. 7. 8. OBJEKTIVE ZURECHNUNG UND MOTIVATIONSFÄHIGKEIT 123
3. 7. 9. ATHEISMUS? 125

4. HANDLUNG ALS NICHTANERKENNEN DER NORMGELTUNG 126
4. 1. GARANT 126
4. 2. UNTERSTELLUNG: INTERAKTIVE KOMMUNIKATION 127
4. 3. ALLGEMEINE KONTINUITÄT DER INSTITUTIONELLEN KOMPETENZ 128

5. „KOMPLETTE THEORIE“ 129
5. 1. DIE FORMALBEGRIFFLICHE KORRELATION 129
5. 2. UNRECHT ALS HILFSBEGRIFF 131
5. 2. 1. *LESCH* VS. *JAKOBS* 131
5. 2. 2. ZURECHNUNGSFÄHIGKEIT 132
5. 2. 3. DAS NEO*HEGELIANISCHE* PROGRAMM 133
5. 3. DIE EINBEZOGENE SCHULD 134
5. 3. 1. HANDLUNG ALS NUR „SCHULDHAFTES“ VERHALTEN? 134
5. 3. 2. STRAFBARKEIT 139
5. 3. 3. SOZIOLOGISMEN 143
5. 3. 4. DER FUNKTIONALE SCHULDBEGRIFF 144

6. FORMELL VERNÜNFTIGE PERSON 145

7. EXKURS: „FEINDSTRAFRECHT“ – RECHT ODER UNRECHT? 150
7. 1. „FEINDE“ EXTRA MUROS 150
7. 2. KONFLIKTFÄHIGKEIT DER RECHTSSTAATLICH VERFAßTEN GESELLSCHAFT 152
7. 3. DIE WAHREN KONSEQUENZEN 154
7. 4. „ENTPERSONALISIERUNG“ IM FRIEDEN VS. PERSONALISIERUNG IM KRIEG 156
7. 5. IM NAMEN DER SICHERHEIT? 159
7. 6. DIALEKTIK DES WIRKLICHEN LEBENS 163

8. DER PRÄVENTIVE „FUNKTIONALISMUS“ 168

ZWEITER TEIL
DER INTERPERSONALE HANDLUNGSBEGRIFF. FUNKTIONALE HANDLUNGSLEHRE 178

I. INTERPERSONALITÄT 178

1. HANDLUNG ALS PROGRESSION DER INTERPERSONALITÄT 178

2. INFINITÄT DER STRAFRECHTLICHEN BEZIEHUNG 178

3. DER INTERPERSONALE HANDLUNGSBEGRIFF ALS FUNKTIONALER HANDLUNGSBEGRIFF 179

4. DIE STRAFRECHTLICHE HANDLUNGSQUALITÄT 180

5. INTERPERSONALE STRAFTHEORIE 182

5. 1. KONTINUITÄTSMERKMAL STRAFE 182

5. 2. VERBRECHEN – EINZIGER GEGENSTAND DER STRAFE 183

II. DIE MATERIELLRECHTLICHE KONTINUITÄT 185

1. VOLLDELIKTISCHE ZURECHNUNG 185

1. 1. DIE STRAFBARE RECHTSUNTREUE 185

1. 2. QUALITATIVE GENERIERUNG DER PFLICHTENSTELLUNG 185

1. 3. ZURECHNUNGSLEHRE DER *HEGEL*SCHULE 186

2. DELIKTSBEGRIFFLICH AKTUELLE ZURECHNUNG 187

2. 1. DAS HYPOTHETISCHE VERBRECHEN 187

2. 2. DAS KONSTITUTIVE MERKMAL DES VERBRECHENSBEGRIFFS STRAFBARKEIT 189

2. 3. KEINE STRAFE OHNE STRAFVOLLSTRECKUNG 190

III. KONTINUITÄTSTHEORIE VS. STADIALE STRAFRECHTSVERWIRKLICHUNG UND EXKLUSIONSLEHRE 192

IV. DAS HETERARCHISCHE VERBRECHENSSYSTEM 194

1. AUTOZENTRIERTE „HANDLUNG“ 194

2. VERTIKALITÄTSPRINZIP 195

3. DIE EBENE DES HETERARCHISCHEN 197

ZUSAMMENFASSUNG 200

LITERATUR 202

ABKÜRZUNGEN

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
a. l. i. c.	actio libera in causa
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Crim. L. R.	Crim. L. R.
c. s. q. n.	conditio sine qua non
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
e. c.	exempli causa
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
et al.	et alia
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende/fortfolgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
ibid.	ibidem
i. d. R.	in der Regel
i. e.	id est
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. w. S.	im weiteren Sinn
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
L. Q. R.	Law Quarterly Review
M. a. T.	Mangel am Tatbestand
MKS	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
MLR	Modern Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o. a.	oben angeführt
o. ä.	oder ähnliches
o. e.	oben erwähnt
resp.	respective

s.	siehe
S.	Seite
scil.	scilicet
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
u. a.	unter anderem
u. E.	unseres Erachtens
u. U.	unter Umständen
v.	von
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
vs.	versus
v. v.	vice versa
z. B.	zum Beispiel
WT	WeltTrends. Zeitschrift für internationale Politik und vergleichende Studien
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

EINLEITUNG

Die Deutschen lieben Ordnung, vielleicht mehr als jede andere Nation. Zugleich ist es das Land von *Kant* und *Hegel*, wodurch man es hier mit einem Leuchtturm der Theorie zu tun hat. Wer die Handlungslehre von *Liszt* bis *Jakobs* gründlich kennt, wird gleich konstatieren, daß es im deutschen Strafrecht prinzipiell eben um die Konkurrenz von erwähnten Aspekten geht. Schwerlich findet man wiederum in der Welt einen Strafrechtswissenschaftler, der nichts vom Kausalismus oder Finalismus gehört hätte. Dank der Begründerin der georgischen Strafrechtsschule Tinatin Tsereteli, die trotz aller Hindernisse der 70er Jahre die westdeutsche Strafrechtsliteratur dem Forschungsinstitut für Recht der Akademie der Wissenschaften Georgiens zur Verfügung gestellt hatte, lernte ich schon als Student die ersten vier Lehren der vorliegenden Untersuchung kennen.

Die vorgelegte Dissertation gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Teil der Arbeit werden die fünf zentralen Handlungslehren im deutschen Strafrecht untersucht. Die Forschung erstreckt sich insofern von naturalismen der traditionellen Dogmatik bis zu den Soziologismen des modernen Strafrechts. Vor allem muß es hervorgehoben werden, daß sich keine von diesen Lehren, nicht einmal die älteste, als in jeder Hinsicht überkommen hinstellen läßt. Geht die h. L. vom dreigliedrigen Verbrechensbegriff aus, so ist diese Dreiglidrigkeit Entdeckung des Kausalismus. Wenn schon nichts weiter, gehen der natürliche Vorsatz im Unrecht und die objektive Zurechnung jeweils auf das personale unrechtskonzept und den Begriff der Sozialinadäquanz der finalen Handlungslehre. Inwieweit das letztere Moment in den subjektiven Finalismus selbst integrierbar ist, kann hier völlig dahinstehen. Wenn andererseits der moderne personale Handlungsbegriff *Roxins* von Hauptfunktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenssystem spricht, so nehmen diese Funktionen ihren Ursprung in der sozialen Handlungslehre und weiteres mehr.

Es läßt sich nicht an der Tatsache rütteln, daß bei den oben genannten Handlungslehren die ordnungstechnischen Akzente überwiegen. Dies im wesentlichen umzukehren, hat ebenso evident die Bonner Strafrechtsschule versucht, und zwar am Beispiel des von *Jakobs* fortgeführten negativen Handlungsbegriff *Herzbergs*. Was in hiesiger Arbeit jedoch hauptsächlich hinsichtlich des in Rede stehenden Handlungsbegriffs interessiert, ist nicht dessen Negativität im herrschenden Sinne, scil. in demjenigen der Vermeidbarkeit, die schon auf den Finalismus *Welzels* zurückgeht, sondern im *Hegel*schen Sinne der Haltung zur Norm. Am Ende gelangt man somit bei diesen Lehren, was die Korrelation zwischen dem Handlungs- und dem Verbrechensbegriff anbelangt, dort, wovon sich der Anfang insofern resp. Der Kausalismus trennt, nämlich zum Handlungsbegriff der *Hegel*schule. Nichtsdestoweniger gelingt es der negativen Handlungslehre nicht, der Grundaufgabe, also der Übertragung des Schwerpunkts von der Didaktik auf die Theorie, konsequent genug nachzukommen.

Der zweite Teil der Dissertation setzt sich zum Ziel Entwicklung eigener, deutsch-georgischer Handlungslehre. Die Welt des Rechts ist diejenige von subjektiven Rechten und Pflichten. Wer im rechtlichen Sinne bzw. rechtmäßig oder rechtswidrig handeln will, muß zunächst einmal ein subjektives Recht realisieren bzw. verletzen oder eine Pflicht erfüllen bzw. verletzen können. So wie es aber keine voneinander isolierte Rechte und Pflichten gibt, so sind nicht nur keine von den Aktionen isolierte Reaktionen möglich, sondern im *Straf*recht kann definitionsgemäß keine Aktion ohne Blick auf die Reaktion erfaßbar sein. Jede Theorie strafbaren Verhaltens setzt somit *Interpersonalität und Interaktion* voraus. Im Rahmen der hierdurch zu entfaltenden *interpersonalen bzw. funktionalen Handlungslehre* kann nur aus der Perspektive der allgemeinen *Kontinuität* der strafrechtlichen Beziehung gehandelt werden, wobei wiederum die Handlung zur Entwicklung der Beziehung führt, durch Aktivierung spezifischer Pflichten und Rechte. Die Strafe ist sonach genuin funktional niemals nur *Re*aktion, vielmehr stellt hier jede Reaktion nur ein Segment der neben dem retrospektiven sowohl den prospektiven Aspekt als auch die Gegenwart umfassenden Aktion, denn ansonsten könnte die Strafe keine Kontinuität der Rechtsbeziehung gewährleisten. Am Ende der Arbeit wird die hiesige Handlungslehre zu einem *heterarchischen* Verbrechenssystem führen, das aufzeigt, daß sich die Strafe nicht mehr auf die Schuld und weniger auf das Unrecht, sondern immer auf beide Elemente paritätisch zu beziehen hat.

Da dieses Werk nicht von einem Computer geschaffen wird, möchte ich hier darlegen nicht nur was ich im Kopf, sondern auch was ich im Herzen habe. Auf der Anfangsetappe der Verfassung der vorliegenden Dissertation wurde es mir an einer deutschen Universität geboten, die georgischen Quellen aus der Arbeit herauszustreichen, mit dem Argument, man könne sie dort nicht überprüfen. Als meine bescheidene Antwort möchte ich diesbezüglich die Aufmerksamkeit vor allem auf das folgende ziehen: Schon im Mittelalter hat Georgien zum ersten Mal in der Geschichte unserer Zivilisation Todesstrafe, Mutilationsstrafe, Ehre und Würde des Menschen mißachtende Strafen, Folter als prozessuales Mittel aufgegeben. Die heutigen EU-Länder haben acht weitere Jahrhunderte gebraucht, um zu demselben Ergebnis zu gelangen. Übertroffen wurde die Bedeutung von erwähnten Momenten durch strafrechtliche Errungenschaften keines Landes. Daher ist es mein herzlicher Wunsch, daß meine hochverehrten deutschen Kollegen hier[1] das georgische Strafrecht entdecken.

Humanismus in der Jurisprudenz von Werwölfen

Immer noch...

[1] *L.-G. Kutalia / R. Kutalia*, Life Axioms. For Universal Abolition of Death Penalty and Life Imprisonment, 2010.

ERSTER TEIL

DIE ZENTRALEN HANDLUNGSLEHREN DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS

I. KAUSALISMUS

1. HANDLUNG ALS AUßENWELTVERÄNDERUNG

1. 1. WILLKÜRLICHE KÖRPERBEWEGUNG

Handlung ist nach *Liszt* „die auf menschliches Wollen zurückführbare Bewirkung einer Veränderung in der Außenwelt (bzw. eines Erfolgs)“[2]. Die Zurückführbarkeit der Bewirkung des Erfolgs auf menschliches Wollen identifiziert sich hier mit „der gewollten bzw. willkürlichen Körperbewegung“, was als gleichbedeutend mit der *„körperlichen Körperbewegung“*, resp. als „*durch Vorstellungen bewirkte*, durch die Innervierung der Bewegungsnerven erfolgende, Anspannung (Kontraktion) der *Muskeln*“ dargestellt wird[3]. Hiernach setzt sich der Handlungsbegriff aus zwei Konstituens zusammen: der Körperbewegung und dem Erfolg, „beide zusammengehalten durch das Verhältnis von Ursache und Wirkung“[4]. Unter einem insoweit resp. rein naturalistisch maßgeblichen Aspekt heißt dies, daß „ohne willkürliche Körperbewegung ist Handlung, mithin, Verbrechen undenkbar“[5].

1. 2. DER NATURALISTISCHE SCHULDBEGRIFF

1. 2. 1. KAUSALITÄT DES WILLENS

Der *Liszt*sche Willensbegriff verrät dabei am deutlichsten, daß es hier im Grunde keine qualitative Differenz zwischen objektiven und subjektiven Bezugsebenen erkennbar sein soll: „gewollt“ = „körperlich“. Der Wille resp. die „Willkür“ bildet schlicht jenen „physischen Akt“, durch welchen die motorischen Nerven unmittelbar erregt werden[6]. „Mit der Umdeutung aller willensgetragenen Verhaltensweisen in kausale Vorgänge“ wird aber „das Wesen der echten Willenshandlungen, die das Hauptkontingent der Straftaten ausmachen, nicht erfaßt. Gewiß unterscheidet der Wille ‚als Ursache‘ die menschliche Handlung noch immer von bloßen Naturvorgängen, aber das spezifisch Menschliche an der Handlung besteht nicht in der Kausalität des Willens, denn kausal wirken die

[2] *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1892, S. 128.
[3] Ibid.
[4] Ibid.
[5] Ibid.
[6] Ibid.

Naturkräfte auch (...)“[7]. Es geht, mit anderen Worten, um einen negativen Rekurs auf den abstrakten Willen, der den Handlungsbegriff von „unwillkürlichen“ Verhaltensweisen an und für sich distanziert, nichts aber darüber hinaus über den autozentrierten kausalen Geschehensablauf besagt.

Daß nun im Schuldstrafrecht die „Erörterung der Kausalität der Handlung“[8] ohne „Erörterung“ des Willens immer nur ein lückenhaftes Bild davon bieten kann, um *welche*[9] „Handlung“ es geht, zeigt jedoch auf, daß der kausale Handlungsbegriff schon von vornherein auf ordnungstechnische Relativierungen angewiesen wird. Denn jenseits der Kausalität als Leitsatz, etwa i. S. einer Erweiterung oder Verschiebung des naturalistischen Akzents, bleibt für die in Rede stehende Handlungskonstruktion per definitionem kein Raum. Demgemäß verzichtet *Liszt* im Handlungsbegriff auf jegliche Substanz des Willens, und es geht insofern weder um Vorsatz noch um Fahrlässigkeit[10], die als Psychologismen hier die Schuld als „bloße Relation zu der äußeren Bedeutung der Tat“[11] konstituieren[12].

1. 2. 2. KONZESSION DES KAUSALISMUS

Diese Trennung der „Willensursächlichkeit“ und des „Willensinhalts“[13] resp. der „objektiven“ Handlungsseite und der „subjektiven“ Handlungselemente[14] leistet wiederum keinen Beitrag zur theoretischen Einsicht, was Verbrechen ist, sondern es kommt hier-

[7] *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3. Aufl., 1978, S. 174.

[8] *Beling*, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, in: *ders.*, Sammelband, 1931, S. 2.

[9] *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 12 f.

[10] S. *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., S. 171.

[11] *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 141, 180 und passim; andererseits kommt es bei *ders.*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen. Im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1910, S. 6 f zur Thematisierung der Vorwerfbarkeit, scil. i. S. der „psychischen Fehlerhaftigkeit“; s. auch zum Vorsatz und der Fahrlässigkeit als „Schuldstufen“ (vs. „bloße Schuldformen“) ibid., S. 60; vgl. *Baumann*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1961, S. 292 f; bei den „Schuldarten“ (diesmal allerdings vs. „Schuldelemente“) bleibt es bei *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 232 ff; vgl. *Hirschberg*, Schuldbegriff und adäquate Kausalität. Eine Untersuchung über das Zurechnungsproblem, 1928, S. 76 f; *Reichwein*, Über die Schuld im Strafrecht. Ein Versuch ihre immanenten Grundprinzipien darzustellen, 1943, S. 36 ff.

[12] *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: FG Frank, Bd. I, 1930, S. 167 f. S. wiederum zur Schuld als „Verantwortlichkeit für den eingetretenen Erfolg“ *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., S. 171; zur *Liszt*schen Konzeptualisierung der Schuld als „Grund der Verantwortlichkeit“ kritisch aus der Perspektive der Differenzierung zwischen Schuld- und Erfolgshaftung *Frank*, Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB, Teil I, 1842, passim; vgl. im Hinblick auf die „unsträfliche Schuld“ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 1965, S. 276; anders *ders.*, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, 1877, S. 4 f, und zwar unter dem Aspekt, unter welchem die relative Straftheorie *Liszts* den Blick von der Schuld(-verantwortung) zur Prävention wendet.

[12] *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, in: *ders.*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 94.

[13] Ibid.

[14] *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, in: *ders*, Abhandlungen, S. 120; freilich wenn auch nicht in jeder Hinsicht etwa aufs genaueste: s. *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 64, 180; vgl. *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, 1932, S. 39 ff.

durch eben nur noch darauf an, wo der naturalistische Erfolg, der Vorsatz bzw. die Fahrlässigkeit etc. im Straftatsystem einzuordnen sind. Rein stofflich wird dabei nichts aufgegeben, und die kausale Handlungslehre (wie die psychologische Schuldlehre) ringt permanent darum, sich stoffgerecht zu modellieren. Inwieweit dies gelingt, ist jedoch noch keine Schlüsselfrage, sondern gerade das, ob inzwischen die Maßgeblichkeit des Theoretischen – zugunsten der Didaktik – nicht unnachholbar hinweggerutscht zu sein scheint. Die Konstellation naturalistischer Spezifika ist dabei eben ein weiteres durchaus nachrangiges Moment. Die Annahme *Liszts*, daß „es mehr Gewicht auf die innere Gesinnung des Täters zu legen ist als auf den äußeren Erfolg der Tat“[15], zeugt insofern gewiß von einer prinzipiellen Spaltung, denn die daraus resultierende Blickrichtung deliktischen Verhaltens ist mit dem Grundgedanken des kausalen Handlungsbegriffs kaum kompatibel; wie unten zu zeigen ist, nimmt schon *Beling* diese Inkongruenz ins Visier, scil. aus der Perspektive des Kausalismus, nur ändert das am hiesigen Aspekt des Problems nichts: Auf die Didaktik wird rekurriert, wo die Theorie aufhört, und ob in Naturalismen einer oder anderer Art die strafrechtliche Theorie kristallisieren kann, ist das *Punctum saliens*, von dem die Antwort im oben angedeuteten Kontext abhängt.

1. 3. DAS „GESELLSCHAFTLICH“ DEZISIVE ÄUßERE

1. 3. 1. SCHULDLOSIGKEIT

Ebenso „farblos“ wird der Willensbegriff[16] als Handlungselement, wie die „äußere“ Seite der Handlung[17], bei *Beling* aufgefaßt. So muß „für die Feststellung, daß eine Handlung vorliegt, die Konstatierung im einzelnen Falle genügen, daß im Täter eine *vom Willen überhaupt* getragene Körperbewegung oder Regungslosigkeit vorlag“[18], was u. a. für die adäquate Begründung der Fahrlässigkeit als unumgänglich betrachtet wird[19]. Zwar kommt es hier wiederum nicht nur darauf an, im Handlungsbegriff selbst jede Konkretisierung des Willensinhalts zu vermeiden, sondern ebenso unmaßgeblich bleibt es, um welchen Erfolg es geht[20], aber der Ausgangspunkt heißt nach wie vor eben die Kausalität, deren verbrechenssystematische Reichweite sich auf die Ebene des Unrechts beschränkt.

Die naturalistische Handlungsformel initiiert also eine allemal mehr als nur formale „Abkopplung“ der Handlung von der Schuld und zielt somit nicht zuletzt auf eine wesens-

[15] *Liszt,* Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?, in: *ders.,* Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, 1970, S. 377; vgl. die Auffassung *Liszts* mit *Achenbachs* Theorie: *Donna,* Schuldfrage und Prävention, in: GS Zipf, 1999, S. 208 f.

[16] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 197, 201.

[17] S. ibid., S. 13 f, 113; zur traditionelldogmatischen Kritik *Schweikert,* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957, S. 16.

[18] *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 11; bzw. „*was* (...) gewollt, ist hierfür gleichgültig (*ders.*, Grundzüge des Deutschen Strafrechts, 1902, 2. Aufl., S. 38).

[19] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 11 f; s. die Kritik: *Baumann,* Strafrecht AT, 2. Aufl., 1961, S. 351 (obgleich in gewissem Maße *Baumann* Anhänger des Kausalismus bleibt).

[20] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 13.

mäßige Substituierung des Handlungsbegriffs von *Hegelianern* ab[21]. Das im Hinblick auf Kausalität konkretisierte Unrecht umfaßt, mit anderen Worten, immer noch ein *„inhaltleeres"*[22] Verhalten, und darauf, ob die strafrechtliche Zurechnung das Handlungssubjekt überhaupt als „Person" erfaßt[23], muß sonach der kausale Handlungsbegriff gerade keinen Blick gewähren. Nach *Radbruch* heißt es hierbei, daß „jetzt erst ist die Trennung des Kausalzusammenhanges vom Schuldzusammenhange, der *imputatio facti* von der *imputatio juris* konsequent durchgeführt, nicht nur bis zur Körperbewegung, sondern bis zum Willen hinauf"[24]. Doch worin liegt insofern der eigentliche Grund für die Trennung der objektiven und der subjektiven Tatseite?

1. 3. 2. DAS RECHT – REGELUNG DES ÄUßEREN

Aus der Perspektive der Didaktik des Deliktsaufbaus führt nach *Beling* „zur Scheidung zwischen der äußeren und der inneren Tatseite" die „Gruppierung" der Verbrechenselemente[25], wobei gemäß dem „Postulat der richtigen Verbindung"[26] sie „derart miteinander korrespondieren müssen, daß sie als zwei Hälften eines Ganzen erscheinen"[27]. Die so „gruppierten" und „richtig verbundenen" Verbrechenselemente lassen sich hier auf die Art und Weise „logisch anordnen"[28], daß den – im Bereich der Deliktsermittlung gewonnenen[29] – graduellen Unterschieden zwischen der objektiven Tatseite und den subjektiven Elementen Gestalt verliehen wird, da „das Recht (...) unmittelbar eine Regelung des Äußeren im gesellschaftlichen Leben ist und das Innere nur mittelbar in seinem Zusammenhang mit dem Äußeren mitberücksichtigt"[30]. Ob nun es tatsächlich nur das Äußere ist, das das Recht auf der Ebene des gesellschaftlich Relevanten unmittelbar regelt oder ob es doch um gleichberechtigte „Hälften eines Ganzen" geht, muß an dieser Stelle freilich noch dahinstehen. Denn anhand der bloßen „Erfolgsverursachung" oder aber auch der ebenso nackten psychischen Tatsachen, die dabei gemeint werden, läßt sich das Problem nicht überwinden, und das heißt, vielmehr lautet die an die kausalistische Postulierung heranzutragende Frage, wieso das *gesellschaftlich* relevante Äußere bzw. Innere überhaupt in Naturalismen jeglicher Art vorzufinden sein sollte. Der indirekt erhobene Anspruch, – insbes. wenn man daran denkt, daß es um Handlungslehre des Begründers damaliger soziologischer Strafrechtsschule geht, – der kausale Handlungs-

[21] Näher *Jakobs,* Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 7.
[22] *Beling,* Die Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 5; *ders.*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 197, 201.
[23] *Otto,* Kausalität und Zurechnung, in: FS E. A. Wolff, 1998, S. 395.
[24] *Radbruch,* Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, S. 130 f; s. zum Willensbegriff *Radbruchs* ibid., S. 132 ff.
[25] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 76.
[26] Ibid., S. 61.
[27] Ibid., S. 81; *ders.*, Grundzüge, 11. Aufl., S. 140 f.
[28] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 52, 77 f und passim.
[29] S. *Beling,* Die Lehre vom Tatbestand, S. 21.
[30] Ibid., S. 22; vgl. *Schumacher,* Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken, 1927, S. 59.

begriff sei keine vom gesellschaftlichen Kontext losgelöste Konstruktion, sondern gerade das „gesellschaftlich" dezisive „Äußere" in den Vordergrund rücke, wäre also nichts weiter als bloße Metabasis, denn Natur und Gesellschaft sind nicht ein und dasselbe, und das Recht regelt seinerseits nicht das Psychophysische.

1. 3. 3. DIE UNUMKEHRBARE ABWANDLUNG

Was die geradewegs aus dem Kausalismus resultierenden Konsequenzen anbelangt, werden sie aber schon durch die finale Handlungslehre deutlich aufgezeigt, wonach „Wert und Unwert einer Handlung bestimmen und bemessen sich dann allein nach dem Erfolg, den sie herbeiführt. Die naturalistische Handlungslehre führt notwendig zum Erfolgsstrafrecht. Sie macht es unmöglich, die ‚personalen' Momente der Handlung (wie Willensrichtung, Gesinnung, charakterliche Haltung, Pflichtenstellung – also alles täterschaftliche (personale) Momente, – die die äußere Handlung beseelen und färben) sinnvoll in den Unrechtsbegriff einzubauen"[31]. Die mit Kausalismus freilich unvereinbaren „subjektiven Tatbestandselemente" von *Mezger*[32] bilden hier wiederum keine prinzipielle Transformation; vielmehr basieren sie ohnehin auf einem rein klassifikatorischen Gesichtspunkt[33]. Es wird also am kausalen Handlungsbegriff weiter festgehalten[34]. Der unrechtssystematische „Vorgriff" auf die wenn auch insofern nur ab und zu auftauchenden subjektiven Komponenten zeugte aber andererseits davon, daß sich dessen Entwicklungsmöglichkeiten weithin erschöpft hatten, dies nicht zuletzt hinsichtlich der Trennung zwischen der objektiven und der subjektiven Tatseite. Die didaktischen Metamorphosen mögen nun vieles, was die konkreten Zusammenhänge in einem bereits vorhandenen Strafrechtsprogramm anbelangt, mehr oder weniger intensiv vorantreiben, eine das Programm selbst vorantreibende oder gar umwandelnde Konzeption bringen sie hingegen auf den Begriff niemals, da dies die Grenzen des Didaktischen bzw. des Ordnungstechnischen gerade

[31] *Welzel*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Aufl., 1944, S. 36; vor allem *Liszt* wendet sich hierbei u. a. im mit *Kahl, Lilienthal* und *Goldschmidt* entwickelten Gegenentwurf zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 entschieden gegen jegliche Erfolgshaftung; vgl. *Radbruch*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, S. 64 ff; s. hierzu auch *Nehlep*, Die Erfolgshaftung im Reichsstrafgesetzbuch und in den Entwürfen, 1927, S. 49.

[32] S. *Mezger*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: FS Traeger, 1926, S. 195, 198, 206 f; *ders.*, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1950, S. 248.

[33] Näher ibid., S. 80 ff; die didaktische Nützlichkeit der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, was sie also einzig beanspruchen konnte, galt dabei freilich nicht als gänzlich unbestritten, und zwar sowohl in bezug auf die *Mezger*sche Argumentation wie auch auf diejenige von deren Begründern *Hegler* und *M. E. Mayer*: s. *Engisch*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: FS Rittler, 1957, S. 169; *Horn*, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962, S. 91.

[34] So tritt zwar bei *Mezger* „die Körperbewegung allmählich in den Hintergrund, und es wird statt dessen auf den menschlichen Willen abgestellt. Der Wille wird aber, soweit es um den Handlungsbegriff geht, nicht in seiner Innerlichkeit, sondern nur in seiner Funktion als Ursache von Außenweltveränderungen in Betracht gezogen" (*Jescheck*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, in: FS Schmidt, 1961, S. 145; vgl. *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954, S. 83).

sprengt. Mehr noch: Die Entfaltung eines über den bloßen Positivismus hinausgehenden Blickpunkts gelingt nicht einmal anhand des Finalismus, scil. im Hinblick auf dessen viel konturenreicheres, „personales" Unrechtskonzept.

1. 4. ZURECHNUNGSFÄHIGKEIT ALS HANDLUNGSFÄHIGKEIT

Wesentlich weiter als *Mezger* geht bei näherem Hinschauen *Liszt*, und zwar indem *er* eine Parallelisierung von Zurechnungs- und Handlungsfähigkeit anstrebt: „Wir können die Zurechnungsfähigkeit auch bestimmen als *strafrechtliche Handlungsfähigkeit*. Denn Handlungsfähigkeit im juristischen Sinne ist die Fähigkeit, rechtlich bedeutsame Handlungen vorzunehmen (...) die Fähigkeit also *strafrechtlich verantwortlich gemacht, also bestraft zu werden*"[35]. Diese aus der Perspektive des Handlungsbegriffs der *Hegel*schule[36] selbstverständliche Korrelation[37] war aber mit der kausalen Handlungslehre ebenso evident inkompatibel, vielmehr wäre deren Auswertung nur durch den Verzicht auf den Kausalismus denkbar[38]. Freilich könnte dies auch im Rahmen der subjektiv-finalen Konzeption keineswegs anders der Fall sein, nicht jedoch im Falle der den gesellschaftlichen Kontext problematisierenden Handlungsbegriffe, nur läßt sich nicht an der Tatsache rütteln, daß die Trennung von Handlungs- und Zurechnungsfähigkeit auch durch die weiteren „allgemeinen" Handlungskonzepte niemals umgekehrt wurde[39].

2. UNTERLASSUNG UND VERSUCH

2. 1. GESOLLTE HANDLUNGSERWARTUNG

Nicht anders sieht auch das Unterlassungsproblem aus[40]. Negative „Handlung" stellt in der kausalen Lehre ursprünglich eine normative Irrealität dar[41]; *Liszt* geht von der Kausalität der Unterlassung aus[42] und versucht sie als „positive Handlung" zu begrün-

[35] *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., S. 159.

[36] S. *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, Abt. I, AT, 1855, § 56.

[37] Weil es nun um einen die Schuld umfassenden Handlungsbegriff geht (s. aber auch *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, S. 221 ff und passim, wo die Zurechnungsfähigkeit in Anknüpfung an *Hegels* Rechtsphilosophie eingangs des Verbrechenssystems zu erfassen versucht wird).

[38] Näher zum Problem der Zurechnungsfähigkeit *Liszt*, Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887, in: *ders.*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1970, S. 273; *ders.*, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, 1896, in: ibid., Bd. 2; vgl. *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 12; *Radbruch*, Handlungsbegriff, S. 97.

[39] S. u. a. *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1965, S. 57; *Arth. Kaufmann*, Schuld und Strafe, 1956, S. 48 f; *Roxin*, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, 8/47.

[40] S. *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 104.

[41] S. *Radbruch*, Handlungsbegriff, S. 131.

[42] Zur Kritik des „kausalen Charakters" des *Liszt*schen Unterlassungsbegriffs: *Hardwig*, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, S. 78; vgl. *Schönke/Schröder*, StGB, 19. Aufl., § 13/61; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung, 1965, S. 35.

den[43]. In demselben Rahmen geht es nun nicht um die „Art des körperlichen Verhaltens", sondern um die „*Handlungserwartung*"[44]. Unterlassung[45] ist demgemäß „die Nicht-Vornahme eines bestimmten erwarteten (gesollten)[46] Tuns"[47], was sich strukturell aus der „Willensbetätigung (...), dem Erfolg und einem der Kausalität des Tuns *analogen* Verhältnis[48]" zusammensetzt[49]. Es wird aber dabei keineswegs übersehen, daß die „kausale" Handlung in ihrer Uferlosigkeit einerseits und die „normative"[50] Unterlassung[51] auf der anderen Seite eben darauf hinweisen, daß der Kausalismus zu keinem „einheitlichen" Handlungsbegriff führen kann[52], sondern das, was *Radbruch*[53] als *„Position und Negation"*, als *„a und non-a"* bezeichnet, stellt nun einmal eine exakte Formel des naturalistisch zwingenden Dualismus dar, und zwar derart, daß sich daran bis Abstellung beim leitenden Gesichtspunkt auf gesellschaftlich relevante Maßstäbe nichts ändert. Mit anderen Worten, die u. a. schon nach *R. Loening*[54] vertretene Annahme, daß im Handlungsbegriff niemals nur positives Tun gedacht werden kann, ist so wenig eine naturalistisch lösbare Aufgabe wie dies eine naturalistisch denkbare Problemstellung überhaupt sein kann.

2. 2. MANGEL AM TATBESTAND

Zu den gleichen Ergebnissen führt hier auch das Erfolgsproblem hinsichtlich des Versuchsbegriffs. Nach *Liszt*, wie bereits hingewiesen, „nur Handlung und Erfolg zusammen bilden die Handlung"[55], i. e. „(...) gehandelt hat der Täter dort, wo, und zu der Zeit, zu welcher er den Erfolg herbeigeführt hat"[56], was aber den Versuch als Handlung

[43] S. *Bubnoff,* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 142; *Hardwig,* Zurechnung, S. 77.
[44] Ibid.
[45] Dabei beschränkt sich e. c. *Radbruch,* Handlungsbegriff, S. 141 auf die objektive Handlungsmöglichkeit, so wie u. a. *Liszt-Schmidt,* Lehrbuch, S. 170. S. zur Thematisierung der psychophysischen Möglichkeit *Traeger,* Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, 1913, S. 8; vgl. *Mezger,* Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1950, S. 132 f.
[46] *Liszt,* Lehrbuch, 2. Aufl., 1884, S. 116.
[47] *Liszt,* Lehrbuch, 5. Aufl., S. 138.
[48] Näher *Liszt-Schmidt,* Lehrbuch, S. 126.
[49] *Bubnoff,* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 142.
[50] Zur Zurückführbarkeit des aktuellen *Liszt*schen Ansatzes auf die Rechtspflichttheorie *Arm. Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 50 f.
[51] S. die traditionelldogmatischen Analogien und Differenzen: *Binding,* Normen, Bd. II, S. 117*; K. Wolff,* Verbotenes Verhalten, 1923, S. 143; *Kelsen,* Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., 1923, S. 72*; Allfeld,* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, AT, 9. Aufl., 1934, S. 113; *Engisch,* Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, 1950, S. 37; *Arm. Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 6.
[52] Zur „formalen Unterordnung der Unterlassung unter die Handlung als Systemoberbegriff" *Bubnoff,* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 142; vgl. *Radbruch,* Handlungsbegriff, S. 140 f.
[53] Ibid., S. 140.
[54] *Loening,* Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885, S. 12.
[55] *Liszt,* Lehrbuch, 5. Aufl., S.135.
[56] Ibid., S. 136 f.

und somit seine Strafbarkeit[57] erklärtermaßen wegdrängt[58]. So läßt *Liszts* weitere Behauptung, daß „es keine Körperbewegung ohne irgend einen, wenn auch noch so unscheinbaren und vorübergehenden Erfolg“[59] gebe, keine begrifflichen Distinktionen zwischen dem Erfolg und der Gefahr zu. Zwar erstreckt sich das Problem der (objektiven) Gefahr nicht auf den ganzen Versuchsbegriff, resp. vor allem nicht auf den untauglichen Versuch[60], ändert es aber positiv nichts unter dem aktuellen Aspekt, da hier *strafrechtlich* weder (naturalistischer) Erfolg noch (objektive) Gefahr zum Ausdruck gebracht wird. So kann nach *Beling* „selbstverständlich jedes menschliche Handeln tausendfältige Kausalreihen anstoßen; nur kommen wir dabei nicht zu tatbestandsmäßigen Erfolgen des strafbaren Tuns“[61]. Demgemäß führt *er* die erwähnte Auffassung auf einen „schweren Irrtum“ zurück, „als sei die Kausalität ein das ganze Strafrecht beherrschendes Verhältnis, als gebe es keine unkausalen Tatbestände (...)“.[62] Im Ergebnis geht jedoch *Beling* beim Versuch (wie bei den „[strafbaren] Anstiftungs- und Beihilfe-Handlungen“ resp. den „unselbständigen Deliktstypen“[63]) vom „M. a. T.“ aus[64], wonach („um diese ‚erscheinungsformmäßigen‘ Handlungen mit zu erfassen“) „statt der ‚Tatbestands*mäßigkeit*‘ die ‚Tatbestands*bezogenheit*‘ als Verbrechensmerkmal genannt werden müßte“[65]. Was nun hier die Lehre vom „M. a. T.“[66] anbelangt, betrachtet man traditionell als

[57] Vgl. *Hold-Ferneck,* Der Versuch. Eine rechtsphilosophische Betrachtung zum Deutschen Strafgesetzentwurf, 1922, S. 12 f; a. auch zur traditionelldogmatisch originellen Lösung des Erfolgsproblems beim Versuch *M. E. Mayer,* Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung, 1967, S. 124 ff.

[58] S. die kritische Analyse der *Liszt*schen Differenzierung zwischen dem Versuchs- und dem Vorbereitungsbegriff im Rahmen *seiner* Tatbestandstheorie resp. einer der Hauptarten der objektiven Versuchstheorien: *Lumpe,* Das Maß der Willensbetätigung im Versuchsstrafrecht, 1938, S. 25 f (vgl. die Tatbestandstheorie von *Beling*: *ders.,* Die Lehre vom Tatbestand, S. 7; s. hierzu auch *Isenschmid,* Die Bestrafung des Versuchs und ihre rechtsphilosophische Begründung, 1943, S. 29 f), so wie die Kritik der *Liszt*schen Auffassung hinsichtlich des Rücktritts vom Versuch: *Hippel,* Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre, 1966, S. 50.

[59] *Liszt,* Lehrbuch, 5. Aufl., S. 130.

[60] S. *Fiedler,* Vorhaben und Versuch im Strafrecht, 1967, S. 99 ff; a. A. *Bamberg,* Versuch beim Unterlassungsdelikt, 1978, S. 121; zur Leugnung des Gefahrbegriffs in der subjektiven Versuchstheorie *Fischer,* Das unvollendete Verbrechen im deutschen und französischen Recht, 1970, S. 12 f; vgl. *Germann,* Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914, S. 14 f, 26; s. ebenso zum *Liszt*schen Prinzip der „absoluten Untauglichkeit“ als Voraussetzung für die Straflosigkeit des Versuchs ibid., S. 38 f.

[61] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 204.

[62] Ibid., S. 30; näher dazu ibid., S. 14, 31, 210 f, 217; s. aber zur Ablehnung der *Beling*schen Einbeziehung der Kausalität in die Tatbestandsmäßigkeit überhaupt *Tarnowski,* Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927, S. 75 f.

[63] Vgl. in bezug auf den Versuch mit dem Begriff des „unselbständigen Tatbestandes“ *Sauermann,* Der Versuch als „delictum sui generis“, 1927, S. 10 ff.

[64] *Beling,* Die Lehre vom Tatbestand, S. 7 f, 17 ff.

[65] Ibid., S. 18; *ders.,* Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 24, 28, 56 ff; eingehend zur *Beling*schen Korrelation zwischen Verbrechens- und Versuchsbegriff *Class,* Grenzen des Tatbestandes. Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einziger] Teil: Die Lehre vom Tatbestand, 1977, S. 59 ff.

[66] S. *Schönke/Schröder,* StGB, Vor. § 22/19 f; *Natorp,* Der Mangel am Tatbestand und seine Strafbarkeit, 1921, S. 9 ff; *Schmid,* Über Feuerbachs Lehre vom „Mangel am Tatbestand“, in: GS Schröder, 1978, S. 20 und passim. Kritisch insbesondere *Gemmingen,* Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, 1932, S. 114; zur

deren Hauptvertreter *Dohna*[67], sie ist aber hauptsächlich gerade auf die vom *Liszt-Beling*schen Verbrechensbegriff abgeleiteten „objektiven Versuchstheorien" zurückzuführen[68], während *Dohna seinen* Versuchsbegriff auf die „gemischte" resp. „subjektiv-objektive Versuchstheorie" gründet[69].

Andererseits entwickeln *Liszt* und *Beling* in bezug auf das Kausalitätsproblem auch in weiterer Hinsicht grundsätzlich disparate Auffassungen. Während *Liszt* die von *Buri*[70] begründete Äquivalenztheorie vertritt[71], wird sie bei *Beling* explizit abgelehnt[72]. *Er* geht in seiner Verbrechenslehre von der Adäquanztheorie aus, entwickelt sie aber derart, daß diese Lehre als Kausalitätslehre überhaupt negiert wird[73]. Nicht zuletzt ist es freilich eine andere Frage, daß es auch im Strafrecht in der Tat keine Handlung ohne bestimmten *normativ-logischen* „Effekt" gibt, was aber nur darauf hinweist, daß sich die strafrechtliche Realität naturalistisch-faktisch nicht explizieren läßt.

3. DER VERBRECHENSSYSTEMATISCHE ASPEKT

3. 1. VERBRECHENSAUFBAU VS. VERBRECHENSBEGRIFF

Daß der kausale Handlungsbegriff als „Maßstab" des Unrechts, geschweige denn des Verbrechenssystems im ganzen, nicht leistungsfähig sein kann[74], ist also evident. Er versagt nicht nur bei der Begründung der grundlegenden strafrechtlichen Begriffe und

---

Abstrahierung vom „M. a. T." u. a. *Finger,* Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, in: FS Binding, Bd. I, S. 305 f), so wie die Bemühungen von *Salm,* Das versuchte Verbrechen. Studien zum Rechtsguts- und Verbrechensbegriff, 1957, S. 50, den Versuch als „verdächtig-*tatbestandsmäßiges*" Verhalten zu begründen.

[67] S. *Fischer,* Das unvollendete Verbrechen, S. 11.

[68] Ibid.; vgl. *Lehmann,* Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht, 1962, S. 48; vgl. den verbrechenssystematischen Aspekt des Versuchsproblems außerhalb des traditionellen dreigliedrigen Verbrechenssystems bei *Baumgarten,* Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Kriminalistische Studie, 1888.

[69] S. *Germann,* Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, S. 45.

[70] *Buri,* Über Kausalität und deren Verantwortung, 1873, passim.

[71] S. *Gmür,* Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1958, S. 39; *Mandelartz,* Zur Lehre vom Kausalzusammenhang im geltenden und kommenden Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kausalitätsirrtums, 1938, S. 11; vgl. die *Frank*sche Lehre vom „Regreßverbot": *Schönke/Schröder,* StGB, Vor. 13/79; s. aber auch zur Kritik der *Liszt*schen Begründung der Äquivalenztheorie von *Buri Reinach,* Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht, 1905, S. 17 ff, so wie zur Entwicklung der *Liszt*schen Auffassung über den sog. „Standpunkt der objektiven nachträglichen Prognose" in der Adäquanztheorie *Radbruch,* Die Lehre von der adäquaten Verursachung, S. 40.

[72] S. *Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 39.

[73] *Bürgi,* Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, 1927, S. 72; zum Problem der Ursache im modernen Strafrecht *Puppe,* Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsordnung, Bd. I, Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, 2002, S. 69 ff.

[74] Vgl. *Arth. Kaufmann*: Schuld und Strafe, S. 41; Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, S. 183.

somit weist keine rechtlich auswertbare Qualität auf[75], sondern enthält noch allzu wenig Spezifisches über die Handlung generell[76]. Dabei wird die kausale „Handlung" hauptsächlich als „Substantivum", jedes („weitere") Verbrechensmerkmal hingegen bloß als „auf dieses bezügliches Attribut" dargestellt[77], freilich nur bis zur *Radbruch*schen Kritik[78], obwohl ursprünglich auch *er* auf dieselbe Relation abstellte[79]. Sowohl die finale als auch die soziale Handlungslehre bringt andererseits die verbrechenssystematische Leistungsfähigkeit des Handlungsbegriffs voran, kaum läßt es sich jedoch behaupten, daß sie auf die vom Kausalismus im Strafrecht initiierte – naturalistisch zwangsläufige – „Gewichtsverlagerung von der Theorie auf die Didaktik"[80] je zu verzichten angestrebt hätten, vielmehr wurde sie auf eine oder andere Weise, aber immer wieder axiomatisch fortgeführt.

So wird zwar durch den Finalismus die „inhaltleere" Unrechtshandlung der kausalen Lehre durch den „personalen" Unrechtsbegriff wie der ebenso kausalistisch bedingte psychologische Schuldbegriff durch die rein normative Schuldlehre substituiert, wobei es im Rahmen der sozialen Handlungslehre zu einem heute noch herrschenden Konzept von „Hauptfunktionen" des Handlungsbegriffs[81] im Verbrechenssystem kommt und weiteres mehr, aber worum es hier wie dort als zentralen Maßstab gerade geht, ist gar kein Verbrechens*begriff*, sondern nur noch der Verbrechens*aufbau*, und dies wiederum hat seinen Ursprung nicht in letztgenannten Konzeptionen, ebensowenig etwa in *A. G. zu Dohnas*[82] Versuch einer Revision der Verbrechensstruktur, sondern geht auf den kausalen Handlungsbegriff zurück.

3. 2. NATURALISTISCHE WURZELN DES ORDNUNGSTECHNISCHEN HANDLUNGSBEGRIFFS

Die Behauptung von *Liszt*, daß „den allgemeinen Begriff des Verbrechens zu entwikkeln, im ganzen und großen Sache der Wissenschaft, nicht des Gesetzgebers sei"[83], trifft allemal zu. Bei dem daraus nach Kausalisten resultierenden „dreistufigen"[84] Verbrechensbegriff[85], der sich bekanntlich schon von vornherein in Tatbestandsmäßigkeit,

[75] Näher *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. 25.
[76] Vgl. *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 135.
[77] *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 20 f; vgl. *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., S. 19 f.
[78] *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., S. 162.
[79] *Radbruch*, Handlungsbegriff, S. 77 f; s. hierzu auch *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 135.
[80] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 22.
[81] *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, S. 7 ff.
[82] *Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1950, S. 22 ff.
[83] *Liszt*, Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, in: *ders.*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, S. 115.
[84] Strenggenommen hat allerdings die in Rede stehende Dreiteilung seinen Ursprung bereits bei *Luden* (s. *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 137).
[85] *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., S. 119 f.

Rechtswidrigkeit und Schuld gliedert[86], und dieses „klassische Schema" bleibt in seiner äußeren Gestalt heute noch bzw. nach einem Jahrhundert das herrschende Modell des Deliktsaufbaus, kommt es jedoch eben weniger darauf an, was der Begriff selbst strafrechtstheoretisch zu leisten hat. Vielmehr geht es größtenteils, wie dies vor allem in der Verbrechenslehre *Belings* zum Vorschein gebracht wird, um „richtige Gruppierung", „richtige Anordnung" und „richtige Verbindung" der Verbrechenselemente[87], wobei *Radbruch* deren jegliche Betrachtung als „parallel gehender Merkmale des Handlungsbegriffs" ausschließt[88] und vom Grundsatz ausgeht, daß „ein Merkmal, das mit Beziehung auf ein anderes gedacht werden muß, erst nach diesem gedacht werden kann"[89]. Sieht man genauer zu, so ist diese These vor allem als Monitum gegen die dualistische Korrelation zwischen den Verbrechensmerkmalen nach *Beling* gedacht: Zwar handelt es sich eben um eine „vertikale Anordnung"[90], was aber dabei hauptsächlich gemeint wird, ist eine didaktisch forcierte „Vertikalisierung" ansonsten „autonom" identifizierbarer Merkmale[91]. Wo und wie ihrerseits die einzelnen Komponenten der konstitutiven Verbrechensmerkmale zu lozieren sind, steht, wie gezeigt, im Rahmen der naturalistischen Trennung zwischen der objektiven und der subjektiven Tatseite gleichermaßen im Vordergrund[92]. Ebenderselbe Nachdruck wird der Erarbeitung eines festumrissenen Korrelationsgefüges von Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründen verliehen[93]. Weicht indes die Theorie der Didaktik des Deliktsaufbaus, so drängt sich

[86] Freilich ergibt sich daraus nach *Beling* nur noch „potentielles Verbrechen", das nun durch „Passen einer bestimmten Strafdrohung" und „Vorliegen der Strafdrohungsbedingungen" ergänzt wird (*Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 7; s. in letzterer Hinsicht *Kantorowicz,* Tat und Schuld, 1933, S. 228); infolge der Abstellung auf die „Deliktstypizität" gibt *er* wiederum „Passen einer Strafdrohung" als „Spezialmerkmal" auf (*Beling,* Die Lehre vom Tatbestand, S. 19). S. auch zum Modifizierungsversuch etwa per Einbeziehung der „Ausnahmenormen" in den Tatbestand *Baumgarten,* Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1930, S. 218; kritisch *Radbruch,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., S. 165.

[87] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 76 ff.

[88] *Radbruch,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., S. 162.

[89] *Radbruch,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., S. 162.

[90] *Beling:* Die Lehre vom Verbrechen, S. 77 f und passim; Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, a. a. O., S. 2 f; Grundzüge des Strafrechts, 4. Aufl., 1912, S. 24 ff.

[91] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 27, 141, 144 ff und passim; *ders.,* Die Lehre vom Tatbestand, S. 2, 19; *ders.,* Unschuld, S. 45; *ders.,* Grundzüge, 11. Aufl., S. 13 ff.

[92] S. aber insofern auch die dualisierende Auffassung *Liszts* hinsichtlich des Rechtswidrigkeitsbewußtseins *ders.,* Lehrbuch, 5. Aufl., S. 177 f, 182. Einerseits gehört danach die Kenntnis des „Nichtsein-Sollens" zum Vorsatz, andererseits wird es aber überhaupt bzw. auch „als etwas zu diesem (zum Vorsatze) *hin- zu* Tretendes" negiert, denn „eine solche Forderung würde (...) die Rechtspflege geradezu lahmlegen, indem sie ihr den Nachweis in jedem einzelnen Fall aufbürdet, daß der Täter die von ihm übertretene Vorschrift gekannt habe" (s. dabei zur Bedeutung des Rechtswidrigkeitsbewußtseins für die Begründung des Schuldprinzips *Jescheck,* Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im Deutschen und Spanischen Recht, in: *ders.,* Beiträge zum Strafrecht, 1998, S. 289 f); vgl. *Liszt-Schmidt,* Lehrbuch, 26. Aufl., S. 265; eine strengere Abstellung auf die Vorsatztheorie im herkömmlichen Sinn bei *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 185; *ders.,* Unschuld, S. 45; spezifizierend allerdings im Zusammenhang mit dem „Willensmoment" ibid., S. 193 f.

[93] *Liszt,* Lehrbuch, 5. Aufl., S. 151 ff; *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 12 f. Hierbei hält *Liszt* u. a. am „einheitlichen" Notstandsbegriff fest, indem *er* die Differenzierungstheorie (s. zur traditionellen Aus-

die Frage auf, ob dies hier nicht anders der Fall sein könnte. Dies könnte es aber nicht, und zwar deshalb nicht, weil jenseits der in Rede stehenden Gewichtsverlagerung kein Raum für den kausalen Handlungsbegriff bleibt.

3. 3. DAS PRAKTIKABLE STRAFTATSYSTEM

Freilich soll hiermit nicht davon auszugehen sein, daß in der kausalen Handlungslehre verbrechens*begrifflich* etwa nichts skizziert wäre. Verbrechen als (systemspezifisch attribuierte) „(willkürliche) Veränderung der kausalen Außenwelt" ist eben eine solche Skizze. Weil jedoch nicht dort delinquiert werden kann, wo es um keine Rechtsbeziehung geht, und die Rechtsbeziehung ihrerseits nicht in der „kausalen Außenwelt" verläuft, wendet sich der Blick des Kausalismus im Ergebnis einzig dem positiven Recht zu. Was dabei „strafrechtlich bleibt", ist die „Handlung" als „klassifikatorischer Begriff" und „die Lehre von den Elementen eines Delikts"[94]. Vor allem sind sie wiederum nach *Radbruch* schon in der Verbrechenslehre *Belings* „nunmehr alle aus dem Zwecke der Strafe abgeleitet"[95]. Im Rahmen des ordnungstechnischen Funktionalismus, um den es dort gerade geht, stellt jedoch das Verbrechenssystem insofern *ein System von Naturalismen* dar[96]: durch rein äußere Zusammenhänge profiliertes Unrecht und psychologische Schuld mit kausalem Handlungsbegriff an der Spitze, die es also in ein positivrechtliches Abstraktum einzubetten gilt[97]. Um nichts anderes geht es essentiell beim Norm- wie beim Strafbegriff: Die *„verhaltenssteuernde"* Norm[98] und die ebenso *instru-*

prägung *Siegert,* Notstand und Putativnotstand, 1931, S. 23, 31 f; weiter *Köhler,* Der Notstand im künftigen Strafrecht, 1926, S. 49) prinzipiell ablehnt, scil. den entschuldigenden Charakter des Notstands bzw. den Notstand als persönlichen Schuldausschließungsgrund (s. hierzu *Goldschmidt,* Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913, S. 7 f) für kriminalpolitisch unzulässig hält (*Liszt,* Die Forderungen der Kriminalpolitik, a. a. O., S. 114). Andererseits geht hier *Liszt* kaum entschieden davon aus, daß der im Notstand Handelnde „ein Recht ausübe" (ibid.), vielmehr läßt sich nach *ihm* die Notstandshandlung „weder als rechtmäßig noch als rechtswidrig" bezeichnen (*Liszt,* Lehrbuch, 5. Aufl., S. 151; a. A. *Liszt-Schmidt,* Lehrbuch, 26. Aufl., S. 186; s. insofern auch *Henkel,* Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1931, S. 35), wobei *er* kritisch hervorhebt, daß sich der Notstand nach damaligem deutschen Strafrecht, wie auch die Nothilfe auf Angehörige, auf Gefahr für Leib und Leben beschränkt (*Liszt,* Die Forderungen der Kriminalpolitik, a. a. O., S. 114; vgl. *Weber,* Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925, S. 6; näher in letzterer Hinsicht *Karding,* Die Notpflicht oder Grenzen des strafbefreienden Notstandes, 1933, S. 40 f; s. zur Beibehaltung des gegebenen Moments bei *Broglio,* Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform, 1927, S. 74 f). S. auch zur Problematisierung des *Freudenthal*schen Begriffs der Un/Zumutbarkeit im o. e. Kontext *Liszt-Schmidt,* Lehrbuch, 26. Aufl., S. 226, 283 ff.

[94] *Jakobs:* Handlungsbegriff, S. 21; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 17.

[95] *Radbruch,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., S. 163.

[96] S. auch *Merkel,* Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S. 17 ff und passim.

[97] S. hierbei über „soziale Gefährlichkeit" und „Kulturwidrigkeit" als „außerrechtliche Momente" nach *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 32 ff; *ders.,* Grundzüge, 11. Aufl., S. 13.

[98] Eingehend zur Konzeption *Liszts* in dieser Hinsicht *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 180 f und passim; die traditionelle Auslegung bei *K.-H. Gössel,* Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts, in: FS O. Triffterer, 1996, S. 94 f; s. wie-

mentalisierende bzw. präventiv radizierte Strafe[99] stellen eben Naturalismen dar, die ihre Adressaten als psychophysische Systeme und in diesem Sinn das Delikt als Artefakt des Individuums anvisieren.

Da nun innerhalb des kausalen Handlungsbegriffs kein Verbrechensbegriff entfaltbar ist, liegt auch der eigentliche Wirkungsbereich der gegebenen Konzeption offen zutage. Daß es sonach nicht die Theorie, sondern nur noch die Didaktik strafrechtlich relevanten Verhaltens ist, zu der das naturalistische Handlungskonzept seinen Beitrag leisten muß, ist hier jedoch nicht per se die Hauptsache, sondern daß das Strafrechtsprogramm, dessen Leitmotiv der Kausalismus bildet, die Maßgeblichkeit des Theoretischen durch die des Didaktischen bzw. Klassifikatorischen substituiert. Der Generalnenner heißt die systematische Konkretion der naturalistischen „Handlung", wonach sich das Hauptkapitel der kausalen Handlungslehre in der Suche nach einer aus der Sicht der Didaktik der Deliktsermittlung „praktikablen" Struktur des Straftatsystems erschöpft[100].

derum den vom „Typus" distanzierten Normbegriff nach *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 120; zum Problem deren „Assimilation" *Schünemann,* Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, in: FS Arth. Kaufmann, 1993, S. 303 ff.

[99] Zur *Liszt*schen relativen Straftheorie *Schmidt,* Die Reform des Strafrechts im Rückblick auf Berliner Impulse in der Geschichte der modernen Kriminalpolitik, 1956, S. 8.

[100] S. insoweit zur Differenzierung zwischen dem „theoretischen" und dem „praktischen Verbrechensbegriff" im Hinblick auf die „zweckmäßige Dispositionsformel" *Beling,* Die Lehre vom Tatbestand, S. 20 f; vgl. *Liszt,* Die Zukunft des Strafrechts, in: *ders.,* Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, S. 4, wonach „wir fassen das Verbrechen auf als Ereignis, als Lebensäußerung, und treten damit in Gegensatz zu all denjenigen, denen das Verbrechen nichts ist als eine begriffliche Abstraktion (...)"; näher *ders.,* Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, 1898, in: ibid., S. 231 f; s. hierbei zum „Regel-Ausnahme-Prinzip" *Kohlrausch,* Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin, 1903, S. 62; kritisch zur *Frank*schen Revision des gegebenen Grundsatzes *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 37 ff.

II. FINALISMUS

1. DER INDIVIDUALPSYCHISCHE ANSATZ *WELZELS*

1. 1. SUBJEKTIVE ZWECKLÄUFIGKEIT ALS NATURALISMUS

Der finale Handlungsbegriff *Welzels*, der essentiell auf die Ontologie *N. Hartmanns*[101] zurückzuführen ist[102], verbrechenssystematisch wiederum[103] eng mit der Auflösung des „komplexen" Schuldbegriffs von *Frank*[104] bei *Dohna*[105] korreliert[106], erstreckt sich lediglich auf eine graduell höhere ontologische Stufe[107], wobei über die phänomenologische Betrachtungsweise (im *Hartmann*schen Sinne) in keinem Maße hinauswächst. Die Zwecktätigkeit („subjektive Finalität")[108] *resp.* die den Kausalverlauf zum Erfolg überdeterminierende „Intentionalität" des Täters[109] als differentielles Merkmal des Finalismus führt hier zur Handlung als „Indienststellen der Kausalität"[110], wonach die „Eigenart menschlicher Täterschaft" darin zu suchen sei, „Ziele gedanklich zu antizipieren, die für die Zielerreichung erforderlichen Mittel auszuwählen und sie dann planmäßig zur Ver-

---

[101] *Hartmann*: Neue Wege der Ontologie, in: *ders.* (Hrsg.), Systematische Philosophie, 1942, S. 104 f; Teleologisches Denken, 1951, S. 2, 17, 68.

[102] *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1957, S. 502.

[103] *Welzel*, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 23 f; *ders.*, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., 1965, S. 141; vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., 1991, 17/1 ff, wonach der *Frank*sche normative Schuldbegriff – als „Sammelbegriff ohne eigene Funktion" (s. zum entgegengesetzten Gegenstand der Kritik in letzterer Hinsicht *Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 168) – u. a. „eine bloße Erweiterung der schon von *Radbruch* hergestellten Relation zwischen Faktum und rechtlicher Mißbilligung" darstelle (ibid., S. 472).

[104] *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in: FS Die juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum, 1907; vgl. *E. A. Wolff*, Strafrechtliche Schuldlehre, Teil I, 1928, S. 126.

[105] *Dohna*, Verbrechenslehre, S. 22, 28, 38 f, 42.

[106] Vgl. aber auch die Zusammenhänge mit der *Binding*schen „Tatlehre": *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. 111 f.

[107] S. *Arth. Kaufmann*, Schuld und Strafe, S. 45 ff.

[108] *Welzel*, Strafrecht AT, 3. Aufl., S. 30 ff.

[109] Vgl. u. a. *Weber*, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948, S. 63; *Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949, S. 10 ff; *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. 112; *Maurach*, Deutsches Strafrecht AT, 1954, S. 172; *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, 1961, S. 2, 4, 45 und passim; *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, 2. Aufl., 1976, Nr. 138 ff; s. zum Intentionalitätsmoment als konstitutives Merkmal der Handlung auch außerhalb der finalen Handlungslehre, scil. nach dem Handlungsbegriff *Kindhäusers*: *ders.*, Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht, 1980, S. 211.

[110] *Welzel*, Strafrecht AT, 3. Aufl., S. 39.

wirklichung des Zieles einzusetzen“[111]. Mit anderen Worten, die Handlung als „geistige Leistung“[112] bezieht sich auf das individuelle Verhalten, das „auf das Ziel gerichtet und vom Ziele her gelenkt“ ist[113], *womit jedoch nur noch die naturalistische Sichtweise fortgeschrieben wird*, denn „*das* (...) sind schiere psychische Fakten und damit Naturalismen, wie die isoliert genommene Kausalität der Körperbewegung ein Naturalismus ist“[114]. Die Handlung als „(instrumenteller) Sinnausdruck“[115] gründet sich dabei auf einen „Vorstellungssinn“ des mit „natürlichem“ Vorsatz[116] identifizierten „bewußten Willens“[117], was heißt, die finale „Handlung“ stelle sonach ein „Sinngebilde“ dar, „dessen Rückgrat der sie gestaltende und formende Handlungswille ist“[118].

1. 2. GENUIN FINALER VORGRIFF AUF DIE SCHULD?

Wie anfangs angedeutet, konstituiert sich die Ausgangsbasis des Finalismus unter keinem Vorgriff auf die Ebene der Schuld. Obgleich die Trennung hier nicht i. S. der kausalistischen Trennung zwischen der objektiven und der subjektiven Tatseite erfolgt, so fällt sie ihrerseits kaum weniger markant aus, und zwar indem der auf das Faktum der subjektiven Zweckläufigkeit ausgerichteten Handlung die „rein“ normativ als Vorwurf aufgefaßte Schuld entgegentritt[119]. In Anbetracht der stoffbedingten Komplikationen wird es wiederum versucht, als Kehrseite der subjektiven Finalität das Merkmal der in-

[111] Ibid., S. 32.

[112] *Welzel,* Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, in: *ders.*, Abhandlungen, S. 347.

[113] Ibid., S. 349.

[114] *Jakobs,* Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, in: FS Schreiber, 2003, S. 951.

[115] Ibid.; *ders.*, Strafrecht AT, S. 132; *ders.*, Handlungsbegriff, S. 21, 24 ff und passim.

[116] *Welzel,* Strafrecht AT, 3. Aufl., S. 37 ff.

[117] *Hardwig,* Zurechnung, S. 86.

[118] *Welzel,* Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, a. a. O., S. 349. S. insofern die Parallelen zum auf den Vorsatz aufgebauten Handlungsbegriff von *Hegel,* Sämtliche Werke, Bd. VII, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 3. Aufl., 1952, §115 und passim; eingehend hierzu *Seelmann,* Hegel und Zurechnung von Verantwortung, in: FS Müller-Dietz, 2001, S. 859 f, 871 und passim, resp. zum Willensmoment im Handlungsmodell von *Hegelianern*, wonach „dem Begriffe der Handlung gemäß erscheint der Wille als das bewegende Prinzip derselben. Handlung ist eben nur eine solche in der Außenwelt gesetzte Veränderung, welche die Freiheit als ihr Produkt anerkennen darf oder muß. Daher ist es *das Recht des Willens*, von solchen Veränderungen nur diejenigen als die seinigen gelten zu lassen, in welchen er die Identität der objektiven Bestimmtheit mit seiner subjektiven erkennt. Indem er nämlich den Inhalt seiner Selbstbestimmung in das äußere Dasein übersetzt, tritt er in den vom Kausalitätsgesetze beherrschten Weltzusammenhang und seine unendlich mannigfaltigen Konjunkturen ein, und ruft eine relativ außer ihm und seinem Willen liegende Macht gegen sich hervor, für deren Wirkungen einzustehen er sich nicht zumuten lassen will“ (*Köstlin,* System des deutschen Strafrechts, S. 158; kritiscch *Radbruch,* Handlungsbegriff, S. 111 ff). Hierbei stellt der finale Handlungsbegriff nach *Welzel* selbst einen Versuch dar, der Strafrechtslehre, „nachdem sie lange genug einem ‚Naturalismus‘ verfallen war“, den Weg zu einem „objektiven Idealismus“ zurückzuweisen (*Welzel,* Strafrecht AT, 3. Aufl., S. 34), der aber „nicht mehr da anfangen kann, wo *Hegel* stand“ (*Welzel,* Naturalismus und Wertphilosophie, S. 119).

[119] *Welzel:* Persönlichkeit und Schuld, a. a. O., S. 208 f; Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., S. 141.

dividuellen Vermeidbarkeit zu erfassen[120], resp. im Zusammenhang mit demselben naturalistischen Effekt. Die traditionellen Einwände, somit integriere nun der Finalismus schuldrelevante Komponente in den Handlungsbegriff[121], gehen aber am Kern der Sache vorbei: Sie erweist sich im finalen Handlungsbegriff gerade als wesensfremd. Finalakte, bei denen es u. a. auf keine Zurechnungsfähigkeit des Handlungssubjekts ankommen darf, entfalten sich *vor* jeglicher Vermeidbarkeit. Es kommt also niemals nur auf den „Willen" an, der Kausalprozesse lenkt, vielmehr heißt der springende Punkt, ob und inwieweit der Agierende auf diese Fähigkeit selbst Einfluß hat, inkl. des intellektuellen Einflusses durch Ausschließung des unvermeidbaren Wissensfehlers. Genauer: Beim Merkmal der Vermeidbarkeit geht es um Andershandelnkönnen als finalistisch nicht erfaßbare Erscheinungsform des Könnens[122]. Die vermeidbaren Geschehensabläufe artikulieren sich mithin genauso wenig durch die Finalität wie dies am Beispiel des bloßen Kausalverlaufs möglich wäre.

2. VERBRECHENSLEHRE

2. 1. FINALE HANDLUNG UND DER BEGRIFF DES VERBRECHENS

Wenn *Welzel* davon ausgeht, daß sich die strafrechtliche Bedeutung der Handlung bei weitem nicht kausal, sondern durch die „finale Überdeterminierung" der Kausalität resp. als „Ausübung der Zwecktätigkeit"[123] bestimmen muß, kommt *er* vom Gesichtspunkt der ontologischen Einstufbarkeit des Handlungsbegriffs zwar näher zur Begründung der Handlung als „spezifisch menschliches Verhalten", erschließt aber dadurch ihre strafrechtlich interessierende Qualität selbst noch keineswegs. Die beabsichtigte „Überwindung des technologischen Naturalismus"[124] geht also in der finalen Handlungslehre über die nackte Psychomechanik kaum hinaus, was heißt, durchgeführt wird ein sachlogischer Paradigmenwechsel, der sich wiederum als keine theoretische Umwandlung hinstellen läßt.

Es wäre, mit anderen Worten, durchaus verfehlt, dem finalen Handlungsbegriff größere metadidaktisch relevante Reichweite zuzuschreiben als es der Kausalismus erreicht hat. Sowohl die kausale wie auch die finale Lehre erschöpft den Handlungsbegriff bereits als „tatbestandsunabhängige" Konstruktion[125], resp. ohne *jede* Entfaltbarkeit des verbrechenssystematischen Kontexts im Begriff. Die Intentionalität des sich psychophysisch Verhaltenden, die den Handlungsbegriff ordnungstechnisch deutlich voranbringt, läßt andererseits die Handlung nicht weniger isoliert vom „Rest" des Verbrechensbegriffs dort, wo sie durch die Maßgeblichkeit des Kausalverlaufs eingeschränkt wurde. Im Rahmen

[120] *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 3. Aufl., 1954, S. 31 ff und passim.

[121] S. im insofern angesprochenen Kontext *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 70.

[122] Vgl. insofern die *Jakobs*sche Version des negativen Handlungsbegriffs: ErsterTeil/V/1.

[123] *Welzel*, Strafrecht AT, 3. Aufl., S. 32.

[124] *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, a. a. O., S. 118.

[125] *Hohmann*, Personalität und strafrechtliche Zurechnung. Die Konstitution des strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie, 1993, S. 261 f.

der Handlungslehre gibt es mithin auch insofern für die Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens keinen Platz, sondern abgestellt wird eben auf die Sachlogik.

Der Grund dafür wurzelt nicht zuletzt in der heute noch unüberwundenen Konträrisierung von „allgemeinem" und „spezifisch strafrechtlichem" Handlungsbegriff. Nicht das Recht bringt hierbei nach *Welzel* „die Sinndimension in den Bereich der Handlungen" hinein, sondern „ ‚die Sinndimension' von Handlungen ist dem Rechte vorgegeben"[126]. Daß nun anhand des naturalistisch-faktischen Instrumentariums des Psychophysischen (zumindest) keine rechtlich spezifizierbare „Sinnhaftigkeit" aufgewiesen werden kann, ist insoweit gerade belanglos, denn der Begriff der „Handlung" bleibt allemal wertneutral, resp. die dabei in der Schuldsphäre zu erschließende Wertwidrigkeit fällt nur noch interkurrent aus. Ob dem Recht die „Sinndimension" von „Handlungen" in solchem Fall vorgegeben ist, davon hängt aber strafrechtstheoretisch so viel wie nichts ab.

2. 2. DIDAKTISCHE VORTEILE[127]

2. 2. 1. DAS „PERSONALE" UNRECHT

Anders verhält es sich mit der Leistungsfähigkeit des finalen Handlungsbegriffs aus der Sicht der Didaktik des Deliktsaufbaus. Fielen schon die „subjektiven Tatbestandselemente" von *Mezger* mit der kausalen Handlungslehre inkompatibel aus, so reicht der Blick des Finalismus auch darüber hinaus viel weiter: „Das Moment der Finalität gehört zum strafrechtlichen Unrecht als die besondere Art der Herbeiführung maßgeblich mit hinzu. Der Vorsatz als Moment finaler Zwecktätigkeit gehört zum Unrechtstatbestand"[128]. Die Frage, warum der Handlungsbegriff von der Schuld nach wie vor fernzuhalten sei, kann an dieser Stelle dahinstehen. Das mit Finalität aufgeladene Unrechtskonzept vermeidet vor allem den in bezug auf den Vorsatz und die Fahrlässigkeit durchaus amorphen Tatbestand, immanent dem „inhaltleeren" Verhalten des Kausalismus. Infolge der dabei auftauchenden Bedenken, inwieweit die Fahrlässigkeit anhand der Finalität miterfaßbar ist, wird wiederum der Vorsprung kaum konterkariert, weil es sich bei der Einbeziehung des Vorsatzes – und sei insofern der eventuelle Vorsatz nicht viel weniger problematisch als die Fahrlässigkeit[129] – vom Anspruch auf die Differenzierung nicht absehen läßt[130].

Es liegt somit klar zutage, daß der Finalismus „eine sachgerechte Profilierung der Deliktstypen" allemal vorantreibt: „Daß ein Totschlag ein ganz anderes Unrecht verkörpert als eine fahrlässige Tötung, wird erst erkennbar, wenn man Finalität und Vorsatz des Totschlägers in den Tatbestand integriert. Man darf dem nicht entgegenhalten, daß es im

[126] *Welzel,* Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, a. a. O., S. 348.
[127] S. zu den „epochalen Verdiensten" des Finalismus nach *Turava,* Strafrecht AT, 8. Aufl., 2010, S. 68.
[128] *Welzel,* Studien zum System des Strafrechts, a. a. O., S. 143.
[129] *Hardwig,* Zurechnung, S. 87.
[130] Zur Fahrlässigkeit als Unrechtselement *Welzel,* Das neue Bild des Strafrechtssystems, S. 31 f.

Ergebnis gleichgültig sei, ob die Differenzierung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Tötung als Unrechts- oder als Schuldproblem behandelt wird. Denn das Unrecht des Versuchs ist ohne Berücksichtigung der finalen Intention des Täters tatbestandlich überhaupt nicht einzuordnen“[131]. Zu erschöpfen vermag allerdings das Unrecht weder den Vorsatz noch die Fahrlässigkeit; vielmehr kommen in *beiden* Fällen nur noch die Zwischenlösungen in Frage, und die Fahrlässigkeit betrifft das nämlich intensiver als den Vorsatz. Andererseits läßt es sich kaum postulieren, daß es am Finalismus hinsichtlich des Versuchs, und zwar auf dem Niveau des Tatbestandes[132], etwa nichts auszusetzen gäbe. Wechselt man den Blick vom erwähnten Teilmoment auf dasjenige der „Ansetzung“ zur Erfolgsverwirklichung und den daraus resultierenden „Anfang der Ausführung“, so sind das keine subjektiv-final konkretisierbaren Spezifika[133].

Naturalistische Akzente, welchem von beiden Aspekten des Psychophysischen sie auch immer entnommen werden, sind aber notwendig durch ähnliche Inkongruenzen geprägt, da die rechtlich kompetente Interaktion, in deren Rahmen das Subjekt der strafrechtlichen Beziehung einzig handeln kann, nun einmal durch keine naturalistisch formbaren Verläufe entfaltet wird. Die unrechtssystematische Überlegenheit des finalen Handlungsbegriffs schließt sich hierdurch in bezug auf den Kausalismus nach wie vor nicht aus, nur erweist sie sich von einem genuin theoretischen Standpunkt aus als weithin inzident, resp. bleibt auf die Ebene der Didaktik beschränkt. Freilich gilt soviel schon ohne Blick darauf, ob man die Psychologismen dem Bereich des Naturalistischen zuordnet oder es bei der traditionellen Differenzierung bewenden läßt: *In einem individualpsychisch zugeschnittenen System ist keine Rechtsbeziehung möglich.*

Da in der Welt des „für sich wirtschaftenden Individuums“[134] nichts zugerechnet wird, erschließt sich hier die „Zurechenbarkeit“ des handlungsbegrifflich relevanten Verhaltens rein didaktisch[135], die nun ihrerseits im Rahmen der Unrechtsbewertung auf eine psychologisierende Explikation angewiesen wird, i. d. „bewertet wird nicht die Kausalität als ‚Ereignis‘ oder ‚Geschehnis‘, sondern der ‚teleologische Setzungszusammenhang der Intentionalität‘ des Menschen. Das Geschehnis wird zum ‚Willenswerk‘, die Finalität macht das Ereignis einem Menschen zurechenbar, und die Wertung bezieht den Menschen in ihren Gegenstand ein: *‚personales Unrecht‘*“[136]. Vor allem sind somit nach der in Rede stehenden Konzeption Individuum und Person Synonyme. Gewiß verkörpert wiederum die subjektiv-final modellierte naturalistische „Handlung“ einen aussage-

[131] *Roxin,* Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: FS Lampe, 2003, S. 426; vgl. *Schweikert,* Die Wandlungen der Tatbestandslehre, S. 106 f; *Langer,* Gesetzesanwendung und Straftataufbau, in: GS Meurer, 2002, S. 26 f; *Bubnoff,* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 153.

[132] S. *Welzel,* Das neue Bild des Strafrechtssystems, S. 26.

[133] Näher *Arth. Kaufmann,* Schuld und Strafe, S. 64 f.

[134] *Jakobs,* Tun und Unterlassen, S. 14.

[135] *Welzel,* Das neue Bild des Strafrechtssystems, S. 7, 31 f.

[136] *Arm. Kaufmann,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. 71; vgl. *ders.,* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: FS Welzel, 1974, S. 395.

kräftigeren Gegenstand der Unrechtsbewertung als die noch ubiquitärere nackte Kausalität[137], aber den prinzipiellen Unzulänglichkeiten, die bei der Erfassung des rechtlich Relevanten anhand der nur vorrechtlichen Konzepte unvermeidbar sind, läßt sich nicht didaktisch aufhelfen. Muß es gesellschaftstheoretisch – und das heißt: wo rechtlich spezifiziert werden kann – auf die objektive Zurechnung ankommen, so fällt jeglicher Raum für individualpsychische Relativierungen fort. Aus diesem Grund war auch der *Welzel*sche Begriff der Sozialadäquanz[138] in jedem Maße nur noch außerhalb *seines* Handlungsbegriffs thematisierbar.

2. 2. 2. DER REIN NORMATIVE SCHULDBEGRIFF

Was hingegen noch einmal klassifikatorische Vorteile des Finalismus gegenüber der kausalen Handlungslehre anbelangt, bezieht sich der daraus resultierende Gewinn niemals nur auf das Unrecht. Wenn auch die Handlung von der Schuld nach wie vor „abgekoppelt" wird und die abstraktifizierte Vermeidbarkeit, wie erwähnt, die ganze Tendenz eben kaum umkehrt, bleibt der Schuldbegriff nicht unberührt. Vermochte nun die Konzeption von Kausalisten nur noch den mit Vorsatz und Fahrlässigkeit agnoszierten Schuldbegriff aufzuweisen, so hat man es im letzteren Falle bereits mit einer selbständigen Konstruktion zu tun. Daß die Ersetzung des „rein" psychologischen durch das „rein" normative Verständnis von Schuld bei weitem nicht ohne jeden Übergang erfolgt, schließt hier die Möglichkeit für eine direkte Gegenüberstellung nicht aus[139]. Denn das letztere Schuldkonzept konnte ordnungstechnisch durch den Finalismus nicht weniger bedingt sein, als das erstere durch die kausale Handlungslehre, scil. im Hinblick auf die subjektiv-final unumgängliche Eliminierung des in „natürlichen" Vorsatz umgestalteten *dolus malus* aus der Schuld.

Ob es nun ohne Rückblick auf das *Frank*sche Schuldmodell und das Ergebnis dessen Auflösung bei *zu Dohna* überhaupt zur Rezeption der *Hartmann*schen Ontologie in Form von Finalismus in der Strafrechtsdogmatik gekommen wäre, ist ein anderes Problem. Nur verblaßt in solchem Fall die Didaktik des Deliktsaufbaus als leitender Gesichtspunkt keineswegs, sondern fällt gerade um so expressiver aus. Infolge *zu Dohna*scher Ausschließung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit aus der Schuldsphäre, mit der Berufung, die Wertung und der Wertungsgegenstand selbst seien im Schuldbegriff nicht kombinierbar[140], blieben sie bekanntlich unloziert, zugleich aber war die ganze Exklusion in eine konkrete Gestalt der Schuld ebensowenig umgesetzt[141]. Doch bedarf es

[137] Näher insofern zum „personalen" Unrechtskonzept *Welzels* und *Maurachs Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Maurach FS, S. 53 f, 64 f und passim.

[138] 1/II/5.

[139] S. aber auch zu einem konträren Blickpunkt nach *Baumann*, Strafrecht AT, S. 290.

[140] *Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, S. 39 und passim.

[141] *Welzel:* Um die finale Handlungslehre, S. 24; Das neue Bild des Strafrechtssystems, S. 39; *Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, S. 11; *Maurach*, Deutsches Strafrecht AT, S. 365; a. A. *Gallas*,

keiner besonderen Anstrengung, um in dieser Entgleisung der Didaktik eine mit feinem Strich hingeworfene Skizze sowohl des „personalen“ Unrechts- wie auch des „rein“ normativen Schuldbegriffs des Finalismus zu erblicken[142]. Innerhalb derselben Entwicklungstendenz liegt die Auseinandersetzung der finalen Version der Schuldtheorie[143] mit der Vorsatztheorie[144]. In ihren ersten Ansätzen fällt sie recht erfolgreich aus, scil. i. S. der Inkompatibilität der Vorsatztheorie mit dem finalen Vorsatzbegriff, was sich über die Bestimmung der systematischen Stellung des virtuellen Unrechtsbewußtseins nicht sagen läßt[145]. Durch die im Rahmen des „neoklassischen“ Finalismus darauf folgende Doppelfunktion des Vorsatzes[146] erfolgt eine weitere didaktische Metamorphose des Verbrechenssystems.

Die traditionelle Kritik[147], der nackte Vorwurf reduziere die Schuld auf „ein in der Psyche des Richters vorhandenes Phänomen“, kann nun im hiesigen Kontext dadurch komplementiert werden, daß vor allem die Fahrlässigkeit ihrerseits im wesentlichen doch auf die Ebene der Schuld angewiesen wird. Jedenfalls ändert dies nichts daran, daß der Finalismus durch die Beseitigung der seinerzeit akuten didaktischen Lücken eine Weiterentwicklung überhaupt wieder in Gang gesetzt hat. In einem theoretisch maßgeblichen Sinn, soweit die Sichtweise von Finalisten über den finalen Standpunkt selbst hinauswächst, läßt es sich dagegen weder vom Verdienst noch vom Ungenügen des Finalismus sprechen. Wo die auf Psychologismen gegründete Lehre für die Exzision des psychologischen Aspekts plädiert, distanziert sie sich vom jeweiligen Bereich, hier also von demjenigen der Schuld, und der „rein“ normative Schuldbegriff des Finalismus ist eben nur die in feste Form gefaßte Konsequenz einer solchen Distanzierung.

3. ZUR *ROXIN*SCHEN KRITIK DES FINALISMUS

3. 1. DIE RECHTLICH-SOZIALE FINALITÄT

Die Auseinandersetzung mit dem Finalismus führt strafrechtsdogmatisch zur Thematisierung der Sozialität, sei dies nun im Ergebnis als einziger Blickpunkt schon durch die soziale Handlungslehre, als ein der konstitutiven Merkmale im personalen Handlungsbegriff *Arth. Kaufmanns* oder nur noch als fakultatives Moment im personalen Handlungsbegriff *Roxins*. Hierbei zeichnet sich nicht etwa die Annahme aus, die naturalisti-

Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, S. 38 f (s. *ibid.* zu *seinem* Begriff des Schuldtatbestands).

[142] S. wiederum zur Korrelation zwischen Unrecht und Schuld in einem finalen System als zu derjenigen zwischen Handlungs- und Gesinnungsunwert nach *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, S. 2, 4.

[143] Eingehend *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967, S. 22 ff.

[144] *Binding:* Normen, Bd. III, 1965, S. 139; Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, S. 132; kritisch zum Gegenstand der Diskussion zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie *Arth. Kaufmann*, Schuld und Strafe, S. 144.

[145] *Jakobs*, Strafrecht AT, 17/10 ff; vgl. *Roxin*, Normativismus, S. 425.

[146] S. bereits zur *Gallas*schen Auffassung *Jescheck*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik, in: *ders.*, Beiträge zum Strafrecht, S. 14 f.

[147] *Hardwig*, Zurechnung, S. 188.

sche Betrachtungsweise sei über das kausale und das finale Handlungskonzept hinaus wesensmäßig unspezifizierbar. So belebt das erstere Verständnis von personaler Handlung *Kollmann-Tesar*schen Symptomatismus wieder. Inwieweit jedoch in erwähnten Konzeptionen direkt oder nur indirekt derart subdifferenziert wird, darauf ist unten einzugehen. Ebensowenig geht es bei der insofern interessierenden Auffassung *Roxins* um die Sozialität als fakultatives Moment, nach der „die Rechtserscheinungen keine bloßen Kausalverläufe sind und (...) deshalb deren Steuerung ein Geschehen noch nicht zur Handlung im Sinne dieser Lehre machen kann“[148], i. e. „in den Rechtserscheinungen stecken soziale Bedeutungsinhalte, die sich nicht als Lenkung von Kausalfaktoren begreifen lassen“[149]. Vielmehr deckt sich die Postulierung mit derjenigen der sozialen Handlungslehre. In dieselbe Richtung weist auch der *Roxin*sche „rechtlich-soziale Finalitätsbegriff“, durch welchen *er* auf die Überwindung des „ontologischen Finalitätsbegriffs“ *Welzels* im großen und ganzen hinzielt[150]. Die – freilich verbrechenssystematisch unerkennbare – Differenz liegt in einer Umkehrung des Korrelationsschwerpunkts zwischen rechtlichen und vorrechtlichen Aspekten. Es geht nämlich um keine systemspezifische Attribuierung eines vorrechtlich „allgemeinen“ Handlungsbegriffs im herkömmlichen Sinn, sondern um einen „spezifisch strafrechtlichen“ Handlungsbegriff, erschlossen nun unmittelbar durch Vorgriffe auf positivrechtlich vorfindbare Substanz[151]. Wie und ob überhaupt die vorrechtlich erfaßte Sozialität zum Ausdruck gebracht wird, läßt sich wiederum als keine richtungweisende Problemstellung begreifen. Denn schon die Frage, wo sich das Rechtssystem entfaltet bzw. was rechtlich gestaltet wird, rutscht insofern hinweg.

3. 2. DER „SPEZIFISCH STRAFRECHTLICHE“ HANDLUNGSBEGRIFF

Trotz prinzipieller Invarianz des individualpsychisch fundierten „allgemeinen“ Handlungsbegriffs und den damit verbundenen unvermeidbaren Diskrepanzen im Bereich des spezifisch Rechtlichen[152] kann als unbestritten gelten, daß die finale Handlungslehre positivrechtlich vorgegebene Verhaltensgestalten weder zu vermehren noch zu vermindern angestrebt hat; vielmehr ging es um kaum übersehbare Relativierungen zugunsten des positivrechtlichen Kontexts, nicht aber dem Worte nach. Auf die Ausklammerung einer solchen Zweideutigkeit zielt nun im wesentlichen die *Roxin*sche Kritik ab, scil. anhand einer unumwundenen Abstellung auf das positive Recht: „Der finale Handlungsbegriff, also die Definition der Handlung als ‚Ausübung der Zwecktätigkeit‘, als eine vom Ziel her gelenkte planvolle Überdetermination von Kausalverläufen, ist keine Abstraktion aus den gesetzlich normierten Straftatbeständen. Er ist also nicht an das positive Gesetz gebunden, sondern er tritt mit dem Anspruch auf, das ontologisch vorgege-

[148] *Roxin,* Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: *ders.,* Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 82.
[149] Ibid.
[150] Ibid, S. 108.
[151] Ibid, S. 73 ff.
[152] S. *Roxin,* Finalität und objektive Zurechnung, in: GS Arm. Kaufmann, 1989, S. 238 f.

bene, in den Strukturen des Seins unverrückbar festgelegte Wesen der Handlung zu erfassen. Ja, noch mehr: Anstatt den Handlungsbegriff an das Gesetz zu binden, will umgekehrt diese Lehre den Gesetzgeber, sofern er menschliche Handlung regelt, an ihren vorrechtlichen Handlungsbegriff binden“[153]. Auf diese Weise wäre aber die Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens ebensowenig entfaltbar, sondern die Handlung immer nur als hermeneutisches Abbild des Systems aktuell, und in diesem Sinn ist es gerade belanglos, was Handlung überhaupt ist, solange das, was als solche bezeichnet wird, einem an und für sich funktionierenden System nicht zuwiderläuft[154]. Der strafrechtliche Handlungsbegriff wird also „durch Abstraktionen aus den verschiedenartigen Erscheinungsformen strafbaren Verhaltens gewonnen und bleibt daher an sie gebunden. Wenn der Gesetzgeber etwa die fahrlässigen Taten aus dem Kriminalstrafrecht herausnehmen würde, müßte sich der Handlungsbegriff sogleich ändern“[155]. Doch der Begriff der Handlung, sofern er sich in dieser Explikabilität erschöpft, gibt die Antwort nur noch darauf, welcher positivrechtliche Stoff im Einzelfall aufzuarbeiten sei; weshalb es sich hinwieder um ein Strafrecht handelt, und was die Handlung im Rahmen der strafrechtlichen Beziehung ist, bleibt nach solchem Verständnis unergründbar. Auf das letztere Moment kommt es aber vor allem an, soll es um Begriff und nicht um bloßen Aufbau resp. um Theorie und nicht um bloße Synkrise[156] gehen. Somit liegt schon auch die Erkenntnis nahe, daß sich weder ein allgemeiner Handlungsbegriff vorrechtlich noch ein spezifisch strafrechtlicher Handlungsbegriff positivrechtlich bestimmen läßt.

4. „FINALISIERUNG“ DES METAFINALEN

4. 1. FAHRLÄSSIGKEIT

4. 1. 1. POTENTIELLE FINALITÄT

Die „sehende“ Willentlichkeit enthüllt das Wesen der fahrlässigen Handlung so wenig wie die „blinde“ Willkürlichkeit im kausalen Handlungsbegriff[157]. Dies aber ist hier nicht die Hauptparallele. So wie die Handlung in der kausalen Lehre als „willkürliche Körperbewegung“ vor allem die Unterlassung aus dem Handlungsbegriff unnachholbar ausschließt, so verkörpert auch die Fahrlässigkeit das krasseste Gegenteil vom in der individual-finalen Konzeption als „Zwecktätigkeit“ erfaßten Handlungskonzept. Die Lösung, nach der im letzteren Falle gesucht wird[158], unterscheidet sich dabei vom Grundsatzprogramm von Kausalisten hinsichtlich des Unterlassungsproblems nicht wesent-

[153] *Roxin,* Zur Kritik der finalen Handlungslehre, a. a. O., S. 75.

[154] Zu den strafrechtsdogmatisch aktuellen Aspekten *Kahlo,* Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, 2001, S. 16.

[155] *Roxin,* Zur Kritik der finalen Handlungslehre, a. a. O., S. 73; kritisch *Welzel,* Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, a. a. O., S. 345 ff.

[156] Vgl. *Roxin,* Strafrecht AT I, 8/50.

[157] Zu demselben Aspekt *Hohmann,* Personalität und strafrechtliche Zurechnung, S. 258 f.

[158] S. *Welzel,* Das neue Bild des Strafrechtssystems, S. 7.

lich: Hier wie dort bleibt vom ursprünglichen Sinn des Begriffs nicht viel übrig, kommt es aber auch zu keinem grundlegenden Durchbruch.

War es die „Handlungserwartung“ als Unterlassungsmaßstab nach der kausalen Handlungslehre, so heißt die finale Lösungsformel im Hinblick auf die Fahrlässigkeit die „zwecktätig vermeidbare Verursachung“ als „Handlung im weiteren Sinne“[159]. Die Finalität – in ihrer den Begriff im ganzen konstituierenden Eigenschaft – als „*wirkliche* Zwecktätigkeit real-gestaltender Faktor (aktuelle Finalität)“ beim Vorsatz einerseits, als „*mögliche* Zwecktätigkeit“ und somit „nur Bezugsmoment (potentielle Finalität)“ im Falle der Fahrlässigkeit andererseits[160] ist dabei differenziert darzustellen[161]: „Von dem Grundsatz, daß für das Strafrecht nur zwecktätige Handlungen in Betracht kommen und bloße Verursachungen ausscheiden, gibt es eine den Grundsatz bestätigende Ausnahme für solche Verursachungen, die von ihrem Urheber zwecktätig vermeidbar waren, das sind die fahrlässigen Handlungen. Denn sind sie zwar bloße Verursachungen, so sind sie doch dadurch, daß sie durch den *möglichen* Einsatz der Zwecktätigkeit vermeidbar waren, in den Umkreis menschlichen Handelns erhoben“[162].

Wie wir gesehen haben, schließt der finale Handlungsbegriff die Vermeidbarkeit aus dem Bereich des Konstitutiven gerade aus, scil. bei weitem nicht nur bezüglich des zurechnungsunfähigen Handlungssubjekts. So kann nicht dort die Rede von einer vermeidbaren Verursachung sein, wo es eben um einen unvermeidbaren Irrtum geht, der seinerseits die finale Handlung völlig untangiert läßt. Kurzum: Dieselbe Antwort ergibt sich aus der Schuldtheorie des Finalismus. Nichts anderes resultiert aus dem Moment der Unzumutbarkeit und weiteres mehr, bis hin zur Erschöpfung des Postulats des schuldrelevanten Andershandelnkönnens. Was jedoch die auseinanderstrebenden Maßstäbe kaum weniger evident bloßlegt, und darauf kommt es hier vorwiegend an, ist die anhand der „potentiellen“ Finalität erklärte Fahrlässigkeit selbst. Sie läßt es nämlich auf eine Konkretisierung der beim Vorsatz abstraktifizierten Vermeidbarkeit ankommen, und zwar in dem Maße, daß die Finalität vom das Wesen der Handlung offenbarenden Spezifikum zum bloßen „Bezugsmoment“ mutiert.

4. 1. 2. VERMEIDBARKEIT ALS UNWESENTLICHES BEIWERK DES FINALISMUS

Wiederum gelangt man schwerlich zur Annahme, daß die Vermeidbarkeit in einem naturalistischen Kontext der anvisierten didaktischen Aufgabe gerecht werde. Die nackte Tatsache, daß die natürliche Folge der Tat[163] „durch die mögliche Zwecktätigkeit ihres

[159] *Welzel,* Strafrecht AT, 3. Aufl., S. 33.

[160] Ibid.

[161] S. auch zur *Welzel*schen „Realisierung der Sorgfaltsverletzung im Erfolg“ *Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 51 f; zur Sorgfalt als „überpersonale Regel“ *Dedes,* Die Konkretisierung der Sorgfalt, in: FS Bockelmann, 1979, S. 438.

[162] *Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 3. Aufl., S. 31 f.

[163] S. hierbei zur Rechtsnatur des Erfolgs beim fahrlässigen Delikt *Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, in: *ders.,* Abhandlungen, S. 19 ff.

Urhebers vermeidbar“[164] war, ist hier nur scheinbar eine Lösung. Denn vieles ist vermeidbar, scil. eben durch die „mögliche Zwecktätigkeit“ des Urhebers, ohne daß es sich als Fahrlässigkeit zurechnen ließe. Erst indem die Vermeidung normativ erwartet wird – wovon in der naturalistisch-faktischen Welt des Finalismus selbstverständlich jegliche Spur fehlen muß –, läßt sich das in Rede stehende Moment didaktisch erst einmal überhaupt auswerten. Wenn auch die Vermeidbarkeit immer schon ubiquitäre Finalakte zu filtern vermag, setzt sie also keine objektive Zurechnung voraus, sondern bedarf allemal einer weiteren Ausformung hierdurch, während sie zwar nur als individuelle Vermeidbarkeit und nicht etwa simplifizierend via Maßstabsperson fruchtbar gemacht werden kann, die erschließt sich aber nicht subjektivistisch aus dem Vorstellungssinn der finalen Handlung. Wohl oder übel kommt es dabei auf die Schuldsphäre an. Der Sache nach bleibt also vom Vorhaben des Finalismus, von der Schuld die Fahrlässigkeit spurlos abzulösen, nichts übrig, da dies nicht mittels schuldrelevanten Kriteriums erfolgen kann. Wie bereits erwähnt, hat man es im Ergebnis nur noch mit einem definitionswidrigem Vorgriff zu tun.

Von einem freilich naturalistisch wertindifferenten Standpunkt aus unsichtbare Frage, wieso der Sinn einer normkonformen Handlung in der Vermeidbarkeit kristallisieren sollte, deckt auf, daß dieses Merkmal, wie auch immer nuanciert, nicht als dasjenige eines „allgemeinen“ Handlungsbegriffs gedacht werden kann. Nicht viel weiter kommt man auf der anderen Seite beim vorsätzlichen Begehungsdelikt, dessen Essenz sich von vornherein nicht als nur vermeidbarer Geschehensablauf entfaltet. Unter diesem Übergangsaspekt bleibt die Vermeidbarkeit im übrigen durchaus vertretbar, was heißt, im Hinblick auf die Konfrontierung der Finalität mit der fahrlässigen Unterlassung hat man es hier im großen und ganzen mit diametralen Kriterien zu tun. Die Stärken der Vermeidbarkeit liegen insofern eben dort, wo die entscheidenden Schwächen der Finalität hingehören und umgekehrt, zwar nicht ohne gewisse Abstriche, aber die Polarisation läßt ja weder Vorsatz und Fahrlässigkeit noch Begehung und Unterlassung unberührt.

4. 1. 3. DIE SELBST-MARGINALISIERUNG DER FINALITÄT

Faßt man ins Visier das o. a. Postulat des Finalismus: Fahrlässigkeit als „Ausnahme“, so mag es angesichts deren positivrechtlich etablierten selektiven Strafbarkeit scheinen, es handele sich etwa um ein Überschneiden vom finalen und dem positivrechtlichen Gesichtspunkt. Wie im Falle der soeben angesprochenen Divergenz liegt jedoch auch insoweit allenfalls nur ein fehlgeschlagener Versuch eines „spezifisch strafrechtlich“ zugeschnittenen „allgemeinen“ Handlungsbegriffs vor. Durch „potentielle“ Finalität untermauerte „bloße Verursachungen“ bzw. „bloße Mitursächlichkeiten“[165] erbringen, mit anderen Worten, keine Handlungsqualität. Doch schon beim Vorsatz, sobald die Negativierung der Zielerreichung durch die Vermeidbarkeit erfolgt, und sie erfolgt hier nicht von sich aus, sondern gerade im Hinblick auf die Fahrlässigkeit, geht es wesensmäßig

[164] *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 3. Aufl., S. 33.

[165] *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, a. a. O., S. 160.

um keine „finale“ Blickrichtung mehr. Daß nun hierbei auch nicht eine substantiell tragbare Negativierung eingegangen wird, bildet eine ebenso unverkennbare Überforderung des eigentlichen Leitsatzes. In einem scharfen Gegensatz dazu greift man zur gleichen Zeit auf das komplette Spektrum von Schuldprämissen über. – Wenn schon nichts weiter, ist der Rekurs auf die Vermeidbarkeit für die Begründung des finalen Vorsatzbegriffs eben völlig entbehrlich, d. h. auch Hinweise auf den entsprechenden Vorbehalt beim eventuellen Vorsatz wären in dieser Hinsicht nur fehl am Platz. Die beiläufige Deviation im Falle des Vorsatzes wandelt aber die fahrlässige Handlung in ein offenes Ringen um rein äußerliche Kompatibilität der interessierenden Verhaltensgestalten unter dem Finaldogma. Kann dies nur scheitern, so ist es hier nicht ausschlaggebend, genau so wie der Umstand per se, wie die Vermeidbarkeit und die Finalität miteinander korrelieren. Kritisch ist die folgende Tendenz: Je tiefer man konkretisiert, desto weiter entfernt man sich von der Finalität als vom wesensbestimmenden Grundgedanken.

4. 1. 4. NORMATIVIERUNGSVERSUCH?

Die „potentielle“ Finalität im o. e. Sinne als konstitutives Merkmal der Fahrlässigkeit stellt, mit anderen Worten, keinen Normativierungsversuch des Begriffs der Handlung dar; wäre dem so, müßte u. a. in einem auf das gegebene Merkmal erweiterten Handlungsbegriff auch am psychologischen Inhalt der vorsätzlichen Handlung selbst nicht weiter festgehalten werden, was aber die finale Handlungslehre gerade zu vermeiden versucht hat; vielmehr konnte die Folge einer solchen – vor allem auch bei *Arm. Kaufmann*[166] weiter verfolgten[167] – Tendenz im Rahmen der individual-finalen Konzeption selbst nur noch „eine völlige Subjektivierung und Psychologisierung“ des Handlungsbegriffs sein[168]. Was also bleibt, sind die „terminologischen“[169] Vorteile gegenüber dem Kausalismus, das unspezifizierte Verständnis von Naturalismus vorausgesetzt, da „die Bezogenheit auf die mögliche Zwecktätigkeit das Geschehen über einen bloßen Naturvorgang hinaushebt“[170].

4. 1. 5. BEZUG AUF DIE AKTUELLE FINALITÄT NACH *NIESE*

Die von *Niese*[171] vorgenommene Ablehnung des o. a. Grundsatzes ändert ihrerseits daran nichts[172]. So soll demnach „auch die fahrlässige Handlung final sein, aber nicht final

[166] *Arm. Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 84 f.

[167] Vgl. *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Arm. Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, S. 35 f.

[168] *Maihofer*, Der soziale Handlungsbegriff, S. 174 ff; vgl. *Hohmann*, Personalität und strafrechtliche Zurechnung, S. 258 f.

[169] *Welzel*, Strafrecht AT, 3. Aufl., S. 33.

[170] Ibid., S. 33 f.

[171] *Niese*, Finaliät, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 40 ff.

[172] S. zum allgemeinen Kontext *Hirsch*, Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, in: FS Lampe, S. 515 f; vgl. *Gössel*, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung. Unter besonderer Berücksichtigung der Struktur des menschlichen Verhaltens, 1966, S. 113 f.

zur fahrlässig herbeigeführten Folge, sondern außertatbestandlich final“[173], i. e. „das Finale ist am finalen Handlungsvollzug mit den voraussehbaren Folgen eines Fahrlässigkeitstatbestands nicht wegen der Finalität das Unrechte, sondern wegen der finalen Vermeidbarkeit. Die Finalität ist also hier nur Erscheinungsform der relevanten Gattung ‚Vermeidbarkeit‘“[174]. Dies heißt aber hauptsächlich, daß mit oder ohne den *Welzel*schen Grundsatz der „potentiellen“ Finalität kommt man hier zu keiner akzeptablen Lösung[175], da die Fahrlässigkeit ebensowenig *ein negativer Auszug aus dem Vorsatz* sein kann, was sie aber im letzteren Falle subjektiv-monistisch gerade sein will[176]. Dabei geht es auch nicht bloß um die strafrechtliche Negativität resp. „Außertatbestandlichkeit“ der Finalität an sich, die das fahrlässige Verhalten als „Handlung“ konstituieren soll, sondern um die Unvertretbarkeit des Ansatzes generell, wonach sich das Handlungssubjekt etwa nur als „vorsätzliches Wesen“ überhaupt[177] identifizieren läßt[178].

4. 2. EXKURS: BIOKYBERNETISCHE BETRACHTUNGSWEISE

Wiederum hat *Welzel* aus rein didaktischen Überlegungen resp. zum Zweck einer formallogisch adäquaten Einbeziehung aller strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen in seinen Handlungsbegriff versucht, das Moment des Ziels selbst bei der Konstituierung des Begriffs überhaupt zu marginalisieren und den Hauptakzent im Rahmen der „biokybernetischen Betrachtungsweise“ auf die Handlung als „psychisch steuerbares Verhalten“ zu übertragen[179], wenig später aber den gegebenen Gesichtspunkt an seinem Ansatz wieder herausgestrichen[180], „wobei freilich die Striche zu mehr als einer Skizze nicht

[173] *Jakobs,* Strafrecht AT, 6/15; vgl. *ders.,* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 71 ff.

[174] *Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, a. a. O., S. 320 f.

[175] Zur unbewußten Fahrlässigkeit *Welzel,* Persönlichkeit und Schuld, in: *ders.,* Abhandlungen, S. 218 ff; kritisch vor allem am Beispiel der Kombinierung der unbewußten Fahrlässigkeit mit der Unterlassung *Maihofer,* Der soziale Handlungsbegriff, S. 162 f; s. auch zum handlungsbegrifflich relevanten Zusammenhang im Finalismus zwischen Automatismen und Unterlassungsproblem *Stratenwerth,* Unbewußte Finalität?, in: FS Welzel, S. 292.

[176] S. diesbezüglich auch zur Korrelation zwischen Täterschaft und Teilnahme *Welzel,* Studien zum System des Strafrechts, a. a. O., S. 159 ff.

[177] S. *Leferenz,* Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht, in: ZStW 70 (1958), S. 38; vgl. *Feuerbach,* Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, T. II, 1800, S. 57; s. den entgegengesetzten Radikalismus bei *Hall,* Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959, S. 20 ff.

[178] S. auch zur Kritik der finalistischen Korrelation zwischen dem Handlungs- (als Intentions-) und dem Erfolgsunwert *Hirsch,* Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, in: GS Meurer, S. 7 ff.

[179] So betrifft demnach „das Steuern nach dem Ziel zwar den *wichtigsten* Fall einer Handlung, aber nicht den einzigen: das Ziel kann (rechtlich) ganz unerheblich sein, während das *Steuern* und *Lenken* selbst stets das rechtlich Erhebliche ist, nämlich wenn es unsachgemäß und unsorgfältig erfolgt: bei der fahrlässigen Handlung. So wäre es – vielleicht – besser gewesen, wenn ich statt von ‚finaler‘ von ‚kybernetischer‘ Handlung, d. h. von der Handlung als einem *vom Willen gesteuerten und gelenkten Geschehen* gesprochen hätte. Dann würde eine solche Lehre sprachlich gleichermaßen die vorsätzliche wie die fahrlässige Handlung umfassen und in beiden Fällen das rechtlich Relevante, nämlich die *Steuerung* treffen“ (*Welzel,* Zur Dogmatik im Strafrecht, in: FS Maurach, Karlsruhe, 1972, S. 7 f).

[180] Ibid., S. 8 ff; *ders.,* Strafrecht, 11. Aufl., S. 37, 131.

geführt haben. Der um die Fahrlässigkeit ergänzte Ansatz paßt in diese Skizze hinein, stellt aber nicht auf das Faktum der Kybernetik, sondern auf die Bedeutung der Steuerung ab“[181].

4. 3. GLEICHGÜLTIGKEIT UND VIRTUELLE ÜBERDETERMINATION

Aus derselben Perspektive kann man auf die Finalität auch im Zusammenhang mit dem eventuellen Vorsatz nur noch als bloße „Abbreviatur“, die „nicht alle Bezüge erschöpfen kann“[182], rekurrieren[183]. Durch das subjektive Finaldogma läßt sich auch diesmal kein von *Welzel* angestrebter Gewinn für das Handlungsproblem erzielen, weil das auf die dritte ontologische Stufe eingeengte Subjekt der „Handlung“ in strafrechtlich relevanter Hinsicht hier ebensowenig etwas „bezweckt“[184], resp. „die Haltung des Inkaufnehmens enthält einen *Akt wertender Stellungnahme*, der in den rein ontischen Begriff der Finalität nicht hineinpaßt“[185].

Die unumgängliche Verkümmerung der Finalität zu einem rein konstruktivistisch-technischen Maßstab beschränkt sich aber auch nicht auf die o. a. Momente. Die finale Lehre bietet u. a. für das Unterlassungsproblem im allgemeinen keineswegs akzeptablere Lösung. Die Behauptung *Arm. Kaufmanns*[186], der Wertakzent mache nicht aus einem Nichts ein Etwas, sondern könne lediglich aus einem Etwas ein gewertetes Etwas machen[187], läßt sich dabei axiologisch zwar kaum bestreiten, sie kann aber nicht für, sondern nur gegen den finalen Handlungsbegriff sprechen, denn dieses „Etwas“ ist in strafrechtlich relevanter Hinsicht gerade nur als Wertungsobjekt kein „Nichts“ und auf der Ebene des Finalismus, wo der „Wertakzent“ gerade fehlt, sind keine Wertungsobjekte möglich.

Die „Elemente der Unterlassung“ lassen sich, mit anderen Worten, nicht durch „Handlungsfähigkeit“[188] *resp.* „*potentielle* Kausalität und *potentielle* Finalität“[189] zusammen-

[181] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 26.
[182] *Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 35.
[183] S. *Hardwig,* Zurechnung, S. 87 f.
[184] *Roxin,* Zur Kritik der finalen Handlungslehre, a. a. O., S. 79, 84 f.
[185] *Jescheck,* Handlungsbegriff, S. 155 (Fn. 80).
[186] *Arm. Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 50.
[187] Vgl. *Welzel:* Über Wertungen im Strafrecht, in: *ders.,* Abhandlungen, S. 24 f; Naturalismus und Wertphilosophie, a. a. O., S. 103 f und passim.
[188] Vgl. im Rahmen der finalen Hndlungslehre selbst: *Arm. Kaufmann,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. 48, 75; *Maurach,* Deutsches Strafrecht AT, S. 167; *Honig,* Kausalität und objektive Zurechnung, in: FG Frank, Bd. I, 1930, S. 191*; Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., S. 174; s. zur Eliminierung der Handlungsmöglichkeit überhaupt für die Begründung des strafrechtlichen Unterlassungsbegriffs *Weber:* Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, S. 17 f; Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., S. 33, 122; s. auch *Gössel,* Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung, S. 112.
[189] *Arm. Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 63.

halten[190]. Sowohl der kausalen wie der finalen Konzeption ist mithin folgendes gleichermaßen inhärent: „Der im Unterlassen zu Tage tretende Pflichtenbezug des Handelnden wird zum sachlogisch kausalen oder finalen – eben ‚vorrechtlichen' Handlungsstrang *hinzu*gedacht – aus dem abstraktmateriellen Begriff der Handlung selbst ergibt er sich jedenfalls nicht"[191]. Deshalb behält die darauf folgende Kritik durch soziale Handlungslehre, generell gesehen, Recht, i. e. „die Formen, in denen die Auseinandersetzung des Menschen mit seiner Umwelt stattfindet (Finalität beim positiven Tun und Steuerbarkeit bei der Unterlassung), sind auf der Ebene der ontologischen Betrachtung nicht zu vereinigen, da die Unterlassung selbst keine Finalität ist, sondern durch den erwarteten Energieeinsatz charakterisiert wird"[192]. Dies, wie unten zu zeigen ist, heißt freilich nicht, daß die soziale Handlungslehre selbst die Unterlassung qualitativ erschöpfend zu begründen vermag; daß aber anhand einer naturalistischen Betrachtungsweise, kausal oder psychomechanisch, noch gar keine strafrechtlich aktuelle Qualität der Unterlassung ermittelt werden kann, bleibt allemal evident.

4. 4. TATHERRSCHAFT DES HAUPTTÄTERS VS. FINALITÄT DER TEILNAHME

Der traditionellen Sicht über die Prävalenz des Finalismus bei der Teilnahme kann hier kaum zugestimmt werden. Mehr noch: Reicht in o. a. Fällen, trotz der hervorgehobenen Reminiszenzen, die Finalität als abstrakt-technische Richtlinie für die Interpretierung der handlungsbegrifflich relevanten Erscheinungen weiter als schierer Kausalverlauf, so versagt sie bereits auch in gegebener Eigenschaft dort, wo der Begriff der Handlung mit dem Phänomen der Teilnahme[193] konfrontiert werden soll. Täter und Teilnahmelehre ist nach *Welzel* „die Probe auf das Exempel, das in der Dogmatik der strafbaren *Handlung* aufgestellt ist. Auch (...) die Bewährungsprobe für den finalen Handlungsbegriff (...)"[194], die er aber in keiner Hinsicht zu überwinden vermag, denn zum naturalistischen Effekt führt nicht die Zwecktätigkeit des Teilnehmers, sondern diejenige des Haupttäters, die im Unterschied zur bloßen Kausalität eben *nicht „final überdeterminierbar"* sein kann. Zwischen dem „Erfolg" und der Teilnahme ist hier kein finaler Zusammenhang möglich, auch gibt es keinen Negativierungsraum. So ist „der finale Täter Herr über seinen Entschluß und dessen Durchführung und damit Herr über ‚seine' Tat, die er in ihrem Dasein und Sosein zweckbewußt gestaltet. Anstifter und Gehilfe haben zwar auch eine

[190] S. dabei zur *Arm. Kaufmann*schen verbrechenssystematischen Spezifik des Handlungsbegriffs: *Baumann,* Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, in: GS Arm. Kaufmann, S. 184 ff.

[191] *Hohmann,* Personalität und strafrechtliche Zurechnung, S. 300.

[192] *Jescheck,* Lehrbuch, S. 177.

[193] *Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 3. Aufl., S. 90 ff; *ders.,* Über Wertungen im Strafrecht, S. 26 f; Vgl. *Busch,* Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, Tübingen, 1949, S. 13, wonach „Anstiftung und Beihilfe sind finale Begriffe: sie bezeichnen besondere Willensinhalte, durch die sie sich voneinander und von der Täterschaft abheben".

[194] *Welzel,* Studien zum System des Strafrechts, S. 159.

‚gewisse' ‚Tat'herrschaft, aber nur eine solche über *ihre* Beteiligung. Die Tat selbst untersteht allein der finalen Herrschaft des Täters. Ihre Teilnahme ist daher nur Beteiligung an *fremder* Tat. Der Anstifter regt zwar die fremde Tat an und der Gehilfe unterstützt sie, aber die finale Herrschaft über sie, die Herrschaft über den Entschluß und seine reale Durchführung hat allein der Täter"[195]. Daß der Teilnahme hier keine interessierende konsekutive Bedeutung zukommen kann, ist aber bereits daran unverkennbar, daß das Ziel des Teilnehmers, ebenso wie dasjenige des Täters, zwar auf den gegebenen Erfolg gerichtet wird, aber im Unterschied zum letzteren Fall hängt dessen Herbeiführung im allgemeinen als konstitutives Merkmal der Handlung als „Ausübung der Zwecktätigkeit" eben nicht vom Teilnehmer *als Handlungssubjekt* ab, i. e. es gibt keine „final zu überdeterminierende Kausalität" resp. die „finale Lenkung der Kausalprozesse" überhaupt, die die Handlung *als Teilnahme* und somit den hier aktuellen „strukturellen Unterschied" auf der Ebene der „wesensmäßigen Erscheinungsformen finalen Handelns"[196] begründen läßt[197].

5. SOZIALE IN/ADÄQUANZ

Der Übergang zu einer auf den gesellschaftlich aktuellen Kontext abstellenden Handlungskonzeption erfolgt nicht aus der Reihe von Vertretern der finalen Handlungslehre. Finalisten haben die Idee der individual-finalen Bestimmung des Handlungsbegriffs im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Kausalismus einerseits und der sozialen Handlungslehre andererseits mit gleicher Intension aufrechtzuerhalten versucht. Hervorzuheben ist jedoch die *Welzel*sche Lehre von der sozialen In-/Adäquanz[198], die hier eben zu keiner Ablösung des subjektiven Finalismus geführt hat, vielmehr kommt das gegebene Moment „als ergänzende Haftungsbegründung"[199] zum finalen Handlungsbegriff hinzu: „ ‚Handlung' (auch als finale Handlung) ist immer noch eine Abstraktion wie ‚Verursachung', wenn sie nicht als sozial bedeutsames Phänomen, als Handlung im sozialen Lebensraum erfaßt wird. Dann scheiden aber (...) alle Handlungen für den Unrechtsbegriff aus, die sich funktionell innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen. Solche Handlungen seien schlagwortartig ‚sozialadäquat' genannt. Sozialadäquate Handlungen sind alle Betätigungen, in denen sich das Gemeinschaftsleben nach seiner geschichtlich bedingten Ordnung jeweilig voll-

[195] Ibid., S. 161.

[196] Ibid.

[197] Die *Welzel*sche o. a. Betonung des Moments der „Handlung" und die Eliminierung im Rahmen der finalen Lehre generell des verbrechensbegrifflich relevanten Aspekts als „irgendwelche positiv-gesetzliche Bestimmungen" (ibid.) auch aus dem gegebenen Begriff weist wiederum darauf hin, daß die Handlung hier in jeder ihrer Erscheinungsform streng vorrechtlich bestimmt bleiben muß.

[198] S. zum *Welzel*schen Begriff der „Sozialadäquanz": *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 267 ff; *Meliá,* Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, in: GA, 1995, S. 179 ff; *Eser,* Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, in: FS *Roxin*, S. 203.

[199] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 29.

zieht“[200]. Die Bezogenheit der strafrechtlich interessierenden Betätigungen auf die „geschichtlich bedingte Ordnung“ bzw. „sittlichen Ordnungen“[201] des Gemeinschaftslebens heißt mit anderen Worten, daß hier weder die „Kausalität“ noch der „Vorsatz“ entscheidend sein kann, sondern die „soziale Bedeutung der Handlung“[202]. Wäre wiederum das aktuelle Moment nicht bloß als interkurrente Haftungsbegründung im o. e. Sinne gedacht, resp. „hätte *Welzel* seine Lehre von der Sozial(in)adäquanz in die Handlungslehre integriert“[203], so wäre ein rechtlich spezifizierbarer Begriff in greifbarer Nähe[204]. Der finale Handlungsbegriff stellt hingegen nur noch Naturalismus eigener Art dar, denn die subjektive Erfolgsvorstellung als maßgebliche Hypothese löst die Korrelation „Handlungssubjekt – Natur“ eben keineswegs auf.

Der Finalismus entmachtet zwar die nackte Kausalität als Hauptkriterium, ersetzt sie aber durch Ziele, die sich vor allem auf nichts anderes als auf denselben naturalistischen Erfolg beziehen, um den es sich auch in der kausalen Lehre handelt. Anders gewendet: Der „natürliche“ Effekt als Ziel heißt, daß der Handlungsbegriff seinen Hauptgehalt immer noch *aus den rein naturalistisch-faktischen Folgen* schöpft[205]. Was nun auch immer zur Natur führt, die Natur selbst („Kausalverlauf“) oder die „metanaturalistische“ Psychomechanik („Finalität“), ist das fundamentale Ergebnis immer das Gleiche. Denn die Natur bleibt auch insofern allemal an der Spitze der handlungsbegrifflich relevanten Überlegungen.

Daher bietet auch die finale Handlung, „wenn man sie als empirisch-ontologische Grundlage des Strafrechts normativen Ansätzen entgegenstellt, nur einen sehr schmalen Realitätsausschnitt und erfaßt das sachliche Substrat strafrechtsrelevanter Geschehnisse nur sehr unvollständig. Daß die empirische Existenz der Unterlassung, der Fahrlässigkeit oder gar der unbewußt fahrlässigen Unterlassung nicht als Finalität erklärbar ist, kann heute als unbestritten gelten. Ein derart selektiver Empirismus kann schon deshalb, weil er die Realität der strafrechtlich relevanten Phänomene nur teilweise erfaßt, auch deliktssystematisch eine allenfalls sehr begrenzte Funktion haben“[206]. Genauer gesehen, nicht die Differenzen, sondern eben die Parallelen zur kausalen Lehre geben in aktueller Hinsicht den Ausschlag: Sowohl Kausalismus als auch Finalismus erschöpft den Handlungsbegriff in abstrakt-naturalistischer Linearität, die wiederum auf keinen *theoretischen* Gewinn für den Handlungsbegriff zielen konnte. In beiden Fällen liegen immer

[200] *Welzel,* Studien zum System des Strafrechts, S. 141 f.

[201] *Welzel,* Strafrecht, 1947, S. 35; S. dazu auch *ders.,* Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, in: *ders.,* Abhandlungen, S. 247 f.

[202] *Welzel,* Studien zum System des Strafrechts, S. 142.

[203] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 30.

[204] Vgl. *Roxin,* Zur Kritik der finalen Handlungslehre, a. a. O., S. 110.

[205] Die Präzisierung dessen, daß die Handlung nicht bloß ein „Mittel“, sondern auch die „Realisierung“ selbst darstelle (*Welzel,* Das neue Bild des Strafrechtssystems, S. 502), ändert hier selbstverständlich nichts im wesentlichen.

[206] *Roxin,* Normativismus, S. 424 f.

noch krasse Technizismen vor, die das Verhältnis von Theoretischem und Empirischem auf eine äußerlich aktuelle Art und Weise zu widerspiegeln bestimmt sind. Warum?

Die Erklärung liegt nach wie vor im Folgenden: „Man ordnet, die Theorie kommt anderswo her“[207], i. e. maßgeblich ist der Verbrechensaufbau, nicht der Begriff des Verbrechens, scil. in beiden Fällen *gleichermaßen*. Hierdurch erklärt sich aber nicht nur kein prinzipieller verbrechensbegrifflich relevanter Fortschritt des Finalismus, sondern zur gleichen Zeit auch die gewichtigen Vorteile der finalen Handlungslehre im Vergleich zum Kausalismus in bezug auf den ersteren Gesichtspunkt[208] resp. auf die „Didaktik des Stoffs“[209].

[207] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 22.

[208] Innerhalb der gegebenen Entwicklungstendenz liegt freilich auch die recht erfolgreiche Auseinandersetzung der Finalisten mit der Vorsatztheorie, was sich wiederum *vice versa* generalisierend über die Bestimmung der systematischen Stelle des virtuellen Unrechtsbewußtseins nicht sagen läßt (vgl. *Roxin*, Normativismus, S. 425). Durch die im Rahmen des neoklassischen Finalismus darauf folgende Doppelfunktion des Vorsatzbegriffs an sich (s. bereits zur *Gallas*schen Auffassung: *Jescheck*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik, in: *ders.*, Beiträge zum Strafrecht, S. 14 f) erfolgt aber gerade nur eine weitere rein didaktische Metamorphose des traditionellen Verbrechenssystems.

[209] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 13 (Fn.).

III. SOZIALE HANDLUNGSLEHRE

1. OBJEKTIVE SINNHAFTIGKEIT

1. 1. HANDLUNG ALS SOZIALES PHÄNOMEN

Die „soziale resp. objektive Sinnhaftigkeit“[210] als konstitutives Merkmal des Handlungsbegriffs stellt das Ergebnis einer kritischen Analyse sowohl der kausalen als auch der subjektiv-finalen Konzeption[211] in der sozialen Handlungslehre dar[212]. Zurückzuführen ist sie vor allem auf die Auffassung von *E. Schmidt*, wonach die Handlung als „willkürliches Verhalten zur sozialen Außenwelt“ resp. „Veränderung der sozialen Außenwelt durch willkürliches Verhalten“[213] und somit als kein „physiologisches Phänomen unter naturwissenschaftlichen Gesichtspunkten“, sondern als „soziales Phänomen“[214] zu verstehen sein soll[215]. Die Integrierung der objektiven Sinnhaftigkeit des strafrechtlich relevanten Verhaltens in den Handlungsbegriff ist aus der Perspektive der allgemeinsystematischen Leistungsfähigkeit des Begriffs überhaupt unentbehrlich[216], denn dies „*scheidet diejenigen Verhaltensweisen aus*, die für die strafrechtliche Betrachtung keine Bedeutung haben können“[217]. Andererseits nimmt hier seinen Ursprung die durch Soziologismen überschwommene moderne Dogmatik.

1. 2. ADÄQUANZGEDANKE

Der Adäquanzgedanke als fundamentales Merkmal des Begriffs nach *Engisch*[218] ergibt hierbei die Handlung als „willkürliches Bewirken berechenbarer sozial erheblicher Fol-

---

[210] *Maihofer:* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 4 f; Der soziale Handlungsbegriff, S. 157 f.

[211] S. *Engisch*, Der finale Handlungsbegriff, in: Probleme der Strafrechtserneuerung, FS Kohlrausch, 1944, S. 161 f und passim.

[212] *Maihofer*, Der soziale Handlungsbegriff, S. 156 ff.

[213] *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, S. 154.

[214] Ibid., S. 153.

[215] Vgl. im allgemeinen u. a. *E. A. Wolff*, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1965, S. 16; *Mayer*, Strafrecht AT, 1953, S. 42; *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 148.

[216] *Jescheck*, Lehrbuch, 176 ff.

[217] Ibid., S. 178.

[218] Was freilich als nur „rein objektiver“ Ausgangspunkt Gegenstand einer kritischen Analyse bei *Jescheck* darstellt: „Der Wert des Adäquanzgedankens liegt darin, daß auf diesem Wege Verhaltensweisen ausgeschieden werden können, denen zwar Kausalität und Finalität eignet, denen aber mangels Beherrschbarkeit der eingesetzten Mittel die soziale Erheblichkeit abgeht. Der Adäquanzgedanke kann jedoch erst zur Auslegung des Tatbestandes Verwendung finden, da sich erst hier ergibt, welche Anforderungen an die Berechenbarkeit der Folge zu stellen sind. Es ist kein Handlungsmerkmal, sondern bedeutet eine Beschränkung der objektiven Zurechnung“ (*Jescheck*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, a. a. O., S. 153). Zwar hat dabei der soziale Handlungsbegriff „*alle* menschlichen Verhaltensweisen, die für das Zurechnungsurteil über-

gen“[219], scil. i. S. der Spezifizierung des o. a. *Schmidt*schen Ansatzes ein „objektiv-finales“ Handlungsmodell[220], wo es, nach *Maihofer*, „nicht der Wille des Einzelnen ist, der ein Verhalten als ‚Handlung‘ prägt“, sondern „die Vorstellung der Gesamtheit“[221], i. e. es kommt auf ein „auf die soziale Gemeinschaft bezogenes, objektiv-normatives Kriterium“[222] an. Von diesem „Standpunkt der sozialen Gemeinschaft“ aus „wird das Verhalten des Einzelnen in der Gemeinschaft, in seinem ‚sozialen Sein‘, seiner ‚Sinnbedeutung‘ bestimmt. Zeigt es sich dabei, daß dieses Verhalten, über den faktischen realkörperlichen Geschehensablauf hinaus, eine ‚soziale Sinnhaftigkeit‘ hat, die ihm eine soziale Bedeutung für seine Umwelt gibt, dann ist dieses Verhalten ‚Handlung‘: weil ‚sozial relevantes Geschehen‘“[223], i. e. Handlung stellt „*alles sozial erhebliche Verhalten*“ dar[224].

2. HANDLUNGSSUBJEKT

2. 1. DER BEGRIFF DER PERSON

Nach der im Rahmen der sozialen Handlungslehre entwickelten Willenstheorie von *H. Mayer* bildet wiederum die Handlung als „objektivierter Wille“ eine „verantwortliche Teilnahme am sozialen Leben“[225]. Der Willensbegriff identifiziert sich hier mit *„einer Äußerung der Person als einer Einheit“*, nicht bloß mit „einer Äußerung des Intellekts“[226], wonach sowohl vorsätzliche wie auch fahrlässige Handlung als „Willensäußerungen“, – im Unterschied zu den finalen „grundsätzlichen Gegensätzen, Steuerung des Willens und pflichtwidrige Nichtsteuerung des Willens“, – zu begreifen sind[227]. Da die Handlung hierbei nicht als „kausale Veränderung einer seienden Welt“ zu verstehen sein soll, sondern als „*Bestimmung des Weltverlaufs durch den menschlichen Willen* als der einzigen rechtlich erheblichen Ursache“, verkörpert auch die Unterlassung „in gleicher Weise Handlung und Tat, wie die Begehungstat“[228].

Ersichtlich bleibt aber dadurch, daß die ontologisierende Bestimmung des Handlungssubjekts und somit auch des Handlungsbegriffs selbst noch bei weitem nicht überwunden ist, denn das bloße Hinzufügen des Merkmals der Geistigkeit, um die es geht, zum

---

haupt in Betracht kommen“ gleichermaßen zu erfassen (*Jescheck,* Lehrbuch, S. 178), bei dieser abstrakten Zurechenbarkeit, wie unten zu zeigen sein wird, bleibt es aber hier auch: Die Zurechnung weder zum Unrecht noch zur Schuld geht nach der sozialen Handlungslehre in den Begriff hinein, ausgegangen wird vielmehr von seiner „Neutralität gegenüber all den erst für den Unrechts- oder Schuldtatbestand konstitutiven Feststellungen und Wertungen“ (*Maihofer,* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 8).

[219] *Engisch,* Vom Weltbild des Juristen, S. 38.

[220] S. auch *Mayer,* Strafrecht AT, S. 50.

[221] *Maihofer,* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 5.

[222] Ibid., S. 4.

[223] Ibid., S. 4 f.

[224] *Jescheck,* Der strafrechtliche Handlungsbegriff, a. a. O., S. 151.

[225] *Mayer,* Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1953, S. 42 f.

[226] *Mayer,* Strafrecht AT, 1967, S. 50 f.

[227] Ibid., S. 51.

[228] Ibid.

Individuum als psychophysisches System macht eben noch keinen gesellschaftlich aktuellen Begriff der Person aus. Nicht anders sieht es im Falle des *E. A. Wolff*schen Begriffs der „Personhaftigkeit“[229] aus, die wiederum als Attribut des Individuums dargestellt wird und es als „verantwortliches Wesen“ konstituiert[230]. Handlung als *„die durch die Entscheidung einer Person gestaltete Wirklichkeit“* bedeutet hier vor allem „den ganzen nach außen gerichteten Prozeß“[231], so wie „die äußere Gestalt, die sich der Wille gibt“[232] nach der o. a. Handlungskonstruktion *H. Mayers*.

2. 2. INDIVIDUALITÄT DES HANDELNDEN NACH *E. A. WOLFF*

Der im ersteren Falle als „individueller“ Handlungsbegriff erfaßtes strafrechtlich relevantes Verhalten soll auch hier in keinem Gegensatz zur sozialen Handlungslehre stehen, sondern was dabei angestrebt wird, ist die Einheit der „individuellen“ und der sozialen Handlung i. S. der „Doppelseitigkeit des Verbrechens“[233]. „Zunächst hat man es also mit einer Zweiheit zu tun. Mit der Realität der individuellen Gestaltung und der Realität der Handlung in der besonderen Erscheinungsform, die sie durch die versachlichende Beurteilung der anderen gewinnt (...) Die Einheit dieser beiden Seiten wird durch den Begriff des Verbrechens hergestellt. Denn mit ‚Verbrechen‘ wird jenes Ereignis im mitmenschlichen Bereich, zu dessen Realität das zweiseitige Verständnis gehört, in seiner Einheit begriffen (...). Da die ‚Handlung‘ diese Einheit nicht kennzeichnen kann, ist sie auch nicht der Gattungsbegriff – und das Verbrechen nicht nur eine Art der Handlung. Vielmehr müßte man das Verbrechen definieren als die über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit erfaßte soziale Handlung, die auch individuelle Handlung ist“[234]. In einem auf der „individuellen“ Handlung aufgebauten sozialen Handlungsbegriff[235], im Unterschied u. a. zur Konzeption *Engischs*[236] oder noch krasser zu derjenigen von *Maihofer*[237], wo die gegebenen Begriffe nur noch „nebeneinander stehen“[238], soll es demnach nicht nur auf die abstrakt erfaßte Maßstabsperson, sondern gleichermaßen auch individuell auf den Täter selbst ankommen. Wiederum lassen sich dabei die Merkmale „Voraussehbarkeit“ und „Bezweckbarkeit“ des Erfolgs nicht als Oberbegriff von „Voraussehen“ und „Bezwecken“ begreifen, „denn die Feststellung, andere Personen in der Lage des Täters hätten den Erfolg vorausgesehen, meint nichts über die tatsächliche Begebenheit des Voraussehens, sie begreift diese tatsächliche Begebenheit gerade nicht mit,

[229] *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, S. 16 f.
[230] Ibid.
[231] Ibid., S. 15 ff.
[232] *Mayer*, Strafrecht AT, 1967, S. 50.
[233] *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, S. 15 ff, 29 ff, S. 39; kritisch insbes. *Arth. Kaufmann*, Schuld und Strafe, S. 36 f, 63.
[234] *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, S. 39.
[235] Ibid., S. 37 f (Fn).
[236] *Engisch*, Der Arzt im Strafrecht, in: MKS 9/1939, S. 421 und passim.
[237] *Maihofer*, Der soziale Handlungsbegriff, S. 174 ff, 180.
[238] *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, S. 38.

kann also auch nicht ihr Oberbegriff sein“ resp. „einen Kausalverlauf nicht zur Handlung machen“[239].

Sowohl die o. a. *H. Mayer*sche Willenstheorie wie auch die gegebene *E. A. Wolff*sche Spezifizierung des sozialen Handlungsbegriffs, wonach wiederum, noch näher im Lichte der „sozialen Realität“ des „subjektiv-personalen Bereichs“ resp. der Individualität betrachtet, „nicht, daß der Erfolg ‚voraussehbar“ oder „bezweckbar“ ist, kann entscheidend sein, sondern, daß er als bezweckt, als vorausgesehen oder doch wenigstens als Folge von Vorentscheidungen ‚erscheint‘, ist das Wesentliche“[240], stellt den Versuch einer mit konkreter Konnotation ausgestatteter objektiv-finalen Konzeption, resp. einer Vermeidung der abstraktifizierenden Generalisierung der konstitutiven Merkmale des Begriffs, was aber auf diese Weise resp. via formal-didaktisch zu untermauernde Komplementierungen des objektiv-finalen Ansatzes eben nicht gelingen konnte. Daß die abstrakte „Maßstabsperson“ kein Handlungssubjekt sein kann, muß auch hier nicht bestritten werden. Doch überträgt man den aktuellen Konkretisierungsgegenstand auf das ganze Spektrum von konstitutiven Eigenschaften des sozialen Handlungsbegriffs, so muß die soziale Lehre vor allem direkt mit der Frage konfrontiert werden, was das Strafrecht e. c. mit dem Merkmal der „Beherrschung“ des Verhaltens in ihrer „sozialen Sinnhaftigkeit“ im Falle der Zurechnungsunfähigkeit im theoretisch maßgeblichen Sinne uberhaupt anfangen soll. Wenn aber daran nichts zu ändern ist, dann stellt sich die Frage, was der handlungsbegrifflich relevante Gewinn hinsichtlich des auf die *H. Mayer*-*E. A. Wolff*sche Art „konkretisierten“ oder auch nach dem *Maihofer*schen Ansatz bloß „konkretisierbaren“ Handlungssubjekts in der sozialen Lehre gegenüber demjenigen des subjektiven Finalismus ist.

2. 3. STRAFTAT ALS AUSDRUCK DER PERSÖNLICHKEIT

2. 3. 1. AUSDRUCK DER GEISTIGKEIT

Durch die o. e. *Engisch*sche Trennung des Sozialitäts- und Individualitätsaspekts im Rahmen der verbrechensbegrifflich relevanten Überlegungen kommt wiederum die hier aktuelle Spezifität, was die Korrelation zwischen Zurechnungs- und Handlungsfähigkeit anbelangt, besonders deutlich zum Vorschein. „Legt man sich die Frage vor, warum wir nur den Zurechnungsfähigen strafen, da doch auch beim Zurechnungsunfähigen (...) das Verhalten *Ausdruck der Persönlichkeit* zu sein scheint, so wäre zu erwidern, daß entweder die Tat eben doch nicht Ausdruck der Persönlichkeit ist, sondern etwa bloße Auswirkung einer Krankheit oder einer [nicht verschuldeten] Vergiftung (...) oder – soweit sich der Zusammenhang zwischen Persönlichkeit und Handlungsweise auch beim Zurechnungsunfähigen nicht in Abrede stellen läßt – Ausdruck einer solchen Persönlich-

[239] Ibid.

[240] Ibid., S. 31 f (Fn), S. 38.

keit, die sich nicht als geeignet erweist, durch die Strafe beeinflußt zu werden“[241]. Freilich geht es in aktueller Hinsicht nicht um bloße handlungsbegrifflich neutrale verbrechenssystematische Differenzierung zwischen dem Abstrakten und dem Konkreten[242], wo ohnehin, sei es nach der sozialen oder in gleichem Maße der finalen wie kausalen Handlungslehre, nichts aufgegeben wird, sondern vor allem um die Tatsache selbst, daß das in Rede stehende Verhalten e. c. als „Auswirkung einer Krankheit“ und somit als kein „Ausdruck der Persönlichkeit“, was i. S. der sozialen Handlungslehre hier wiederum heißt: kein Ausdruck der „Geistigkeit“, eben keine Beeinträchtigung des Handlungsbegriffs ergibt.

Warum und ob überhaupt der strafrechtliche Handlungsbegriff auf das gegebene Moment reduzierbar ist, muß an dieser Stelle noch dahinstehen; die adäquate Antwort darauf ergibt sich erst im Rahmen einer funktional maßgeblichen Auseinandersetzung mit der personalen Handlungslehre von *Arth. Kaufmann* wie dem Handlungsbegriff von *Roxin*[243]. Entscheidend ist insofern, daß eine über den Handlungsbegriff hinaus ausgeweitete Kombinierung des Sozialitäts- und Individualitätsaspekts nicht die Möglichkeit auszuschließen vermag, daß auch dort „gehandelt“ werden kann, wo es sich nur noch um Natur handelt.

2. 3. 2. TÄTERSCHULDPRINZIP?

Nach *Engisch* bleibt die hier interessierende Verbindung in ihrer Allgemeinheit negativ: „(...) Wo die meisten Menschen in der gleichen Situation nicht anders gehandelt hätten als der Täter, kommt allenfalls der allgemein menschliche, nicht aber der individuelle Charakter des Täters zum Vorschein. Wo fast jeder so gehandelt hätte wie der Täter, wagt keiner mehr den Vorwurf zu erheben, der Täter hätte anders handeln können, weil eben kein ausgesprochen krimineller Charakter in Erscheinung tritt, wir können auch sagen: kein Charakter, der so von der Norm (diese sowohl im Sinne des Durchschnittlichen wie auch im Sinne des Gesollten bedeutet) abweicht, daß er der Beeinflussung durch Auferlegung von Strafen bedarf“[244]. Nach der im Rahmen der derselben Auffassung entwickelten *Engisch*schen „Charakterschuld“ kommt man gleichfalls negativ zum Ergebnis, daß nur vorsätzliche und fahrlässige Handlungsweisen „Ausfluß und Ausdruck der Persönlichkeit“ darstellen, die ihrerseits „in ihrem Wesenskern“ als „Schuldformen“ aufgefaßt werden[245]. Als Anhaltspunkt für die Bestimmung der unterschiedlichen Schwere der Schuld dient dabei kein naturalistischer Maßstab der (Willens-)Frei-

[241] *Engisch*, Willensfreiheit, S. 57.
[242] S. dabei auch generell zur *Engisch*schen Korrelation zwischen dem Abstrakten und dem Konkreten im Strafrecht *ders.*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, S. 50 ff.
[243] 1/IV.
[244] *Engisch*, Willensfreiheit, S. 60 f.
[245] Ibid., S. 56, 58 f.

heit[246], vielmehr wird sie hier nach der „ethischen und sozialen Bedeutung“ der in der Tat manifestierten „Charaktereigenschaften“ beurteilt[247]. Das Moment des „sozialethischen Mangels“ bildet das Hauptkriterium auch für das Schuldmodell *Sauers*[248], eines weiteren Vertreters der sozialen Handlungslehre, wobei allerdings Vorsatz und Fahrlässigkeit bereits streng als „Bestandteile der Schuld“[249] erfaßt werden, wie ebenso evident die „Beteiligung des Charakters an der Tat“[250] keinen Gegenstand der o. a. Akzentuierung ausmacht[251].

Im Unterschied zum letzteren Falle gründet sich das Strafrechtssystem nach der ersteren Konzeption, wie den oben hervorgehobenen Momenten zu entnehmen ist, ausdrücklich auf das Täterschuldprinzip. So wäre es nach *Engisch* falsch zu sagen, „die Tat liefere den *Grund*, die Persönlichkeit das *Maßprinzip* der Strafe“, sondern „Grund und Maß der Strafe richten sich beide nach der Persönlichkeit“[252]. Geht es bei der Begründung der Strafe hauptsächlich nur noch darum, daß der Täter „nach erlittener Strafe anders handelt“[253], resp. um das Verbrechensmodell in einer (spezial-)präventiv zu bestimmender Strafrechtslehre, so ist das Gegenteil in der Tat kaum noch begründbar, denn es gibt hier nichts, was strafrechtlich auszugleichen sein soll, und insofern läßt sich auch keine formallogische Konsequenz der *Engisch*schen Auffassung abstreiten. Aus der Perspektive der modernen Dogmatik, wo es zu Recht auf das Tatschuldprinzip abzustellen versucht wird, verlagert sich demgegenüber der verbrechensbegrifflich relevante Akzent auf die entgegengesetzte Ebene, i. e. der o. e. Zusammenhang, wie auch immer äußerlich konsequent durchgeführt, läßt sich bereits als theoretisch unmaßgeblich bezeichnen. Der Handlungsbegriff selbst wird aber hier nicht tangiert, da die Handlung als „willkürliches Bewirken berechenbarer sozial erheblicher Folgen“, wie jede andere Handlungsformel der sozialen Handlungslehre, letztendlich nur noch den Anspruch vom gegebenen Gesichtspunkt aus erhebt, Ausdruck einer „abstrakten“ Persönlichkeit darzustellen.

2. 4. VORRECHTLICHKEIT DES LEITENDEN GESICHTSPUNKTES

Es ist offensichtlich, daß sich die Bedeutung des o. a. *E. A. Wolff*schen Individualitätsaspekts an sich keinesfalls marginalisieren läßt. Die Abstraktheit der theoretischen Bestimmung des Handlungssubjekts in der sozialen Handlungslehre überträgt sich, wie noch zu zeigen ist, in gleichem Maße auf den Handlungsbegriff. Hierbei kommt es nicht

[246] Ibid., S. 60; vgl. *Kienapfel/Höpfel,* Grundriß des österreichischen Strafrechts AT, 7. Aufl., 1998, S. 77; zur Einführung des strafrechtlichen Begriffs der Willensfreiheit *L.-G. Kutalia,* Die Schuld im Strafrecht, S. 348 ff.

[247] *Engisch,* Willensfreiheit, S. 60.

[248] *Sauer,* Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, 1955, S. 148 und passim.

[249] *Sauer,* Allgemeine Strafrechtslehre, S. 148.

[250] *Engisch,* Willensfreiheit, S. 61.

[251] S. aber hierbei zum *Sauer*schen Begriff der „(chronischen) Tendenzschuld“ *ders.,* Allgemeine Strafrechtslehre, S. 150 ff.

[252] *Engisch,* Willensfreiheit, S. 61.

[253] Ibid., S. 56.

nur auf die mangelnde Berücksichtigung des Individualitätsmoments bei der Ablösung des individualpsychischen Ansatzes der finalen Lehre durch den objektiv-finalen Maßstab an, sondern ebenso auf die immer noch unüberholte Vorrechtlichkeit des Grundgedankens: Der Handelnde bleibt nach der sozialen Handlungslehre *als kein Subjekt der Rechtsbeziehung* konstituierbar. Sie läßt es bei einer abstrakt-negativen Identifizierbarkeit der aktuellen Eigenschaft bewenden, die wiederum u. a. nichts über ein funktional zu entfaltendes Straftatsystem besagen kann. Mehr noch: Ob es sich e. c. um bloße Realisierung des subjektiven Rechts oder darum handelt, daß der Täter für sein „sozial erhebliches Verhalten" strafrechtlich zu verantworten hat, ist nach diesem Handlungsmodell nicht eo ipso auf verschiedene Systeme projizierbar[254].

Abgestellt wird hingegen auf eine abstrakt erfaßte Sozialität, wobei der Zusammenhang zwischen dem Begriff der Handlung und demjenigen des Handlungssubjekts auch insofern nicht hinreichend „konsequent" hergestellt werden soll. So vermag man nach *Maihofer* „erst durch eine (...) stufenweise Konkretisierung der strafrechtlichen Feststellungen und Wertungen (...) das Gesamtphänomen einer *‚Tätertat'* (...) auf allen ihren Ebenen: als Handlung überhaupt, als unrechtmäßige und als schuldhafte Handlung personal jeweils angemessen zu erfassen, beziehen diese Ebenen der Betrachtung der Tat sich doch je auf einen ganz anderen Aspekt des Phänomens *Täter*, auf ihn als *Menschen* überhaupt auf der Ebene der *Handlung*, als bestimmter Sozialer *Jemand* auf der Ebene des *Unrechts* und als Er *Selbst* auf der Ebene der *Schuld*"[255]. Für die Erfassung des Handelnden als „Menschen überhaupt" ist die soziale Erheblichkeit des Erfolgs (Verhaltens) keine *konstitutive* resp. spezifisch niedrigste Ebene, i. e. das o. e. Merkmal wird hier auch als kein gemeinsamer Nenner für die aktuellen Begriffe realisiert und somit keine Überwindung der ontologisierenden Sichtweise des subjektiven Finalismus im Falle des Handlungssubjekts sichtbar: Wo die Grenze zwischen einem „strafrechtlichen" und einem „vorstrafrechtlichen ‚ontologischen' Begriff"[256] verläuft, vermag hier die Theorie des strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht mehr zu vermitteln.

Die Diskrepanz wird, wie zu erwarten, auf der Ebene formallogischer Überlegungen „elidiert": Da „Handlung ‚ist' nur als Zusammenhang: eine ‚Handlung' ohne einen Handelnden, einen ‚Handelnden' ohne eine Handlung gibt es nicht. Als funktionales Band verbindet sie den Handelnden mit dem Gegenstande der Handlung, so daß in der konkreten ‚Handlung' Tat und Täter, Objekt und Subjekt, eine Synthese eingehend, ‚mit da sind' "[257], läßt sich das systematisch maßgebliche Gesamtbild insofern nicht an das Merkmal der Sozialität vorbeiziehen[258], aber auch nichts weiter. Ob wiederum zur interessierenden

[254] Näher 1/IV/5.4.

[255] *Maihofer,* Der soziale Handlungsbegriff, S. 177.

[256] *Maihofer,* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 67 (Fn. 11).

[257] Ibid., S. 6.

[258] S. auch zur Weiterentwicklung des *Mezger*schen „existentiellen" Handlungsbegriffs bei *Maihofer:* ibid., S. 66 ff, wonach u. a. ein „zu einseitig auf die bloße Faktizität des ‚Wirklichen' bezogener (...) ‚anthropologischer' Handlungsbegriff" für das Strafrecht, das „sich nicht für den Menschen überhaupt, sondern nur

Tendenz das Individualitätsmoment – in oder außerhalb des Begriffs – hinzukommt, ersetzt die oben angesprochene Negativität in ihrer Allgemeinheit in keinem Maße, obwohl es aus der Perspektive der strafrechtlichen Zurechnung ebensowenig hinweggedacht werden kann.

Deshalb versagt die soziale Handlungslehre nicht zuletzt dort, wo sie durch die oben betonte „Standardisierung" des Handlungssubjekts auf den ersten Blick unanfechtbar zu sein scheint, scil. hinsichtlich der Garantenstellung, denn „der einer Garantenstellung (Garantenpflicht) zugrundeliegende intersubjektive Bindungsmodus ist (...) auch mehr als lediglich *Sozial*bezüglichkeit des Verhaltens. Der durch die sozialen Handlungslehren angesprochene Aspekt der Sozialerheblichkeit vermag das Eigentliche der Pflichtenstellung nicht hinreichend genau zu bezeichnen, da es weniger um die *faktische* Einbettung des Handelnden in eine wie auch immer verfaßte Sozialität geht, sondern um einen konkret zu bezeichnenden Status *rechtlicher Intersubjektivität*"[259]. Doch gerade von der Verfassung der Sozialität hängt hierbei vieles ab. Die rechtliche Intersubjektivität ist Unterbegriff der sozialen Intersubjektivität, nicht anders als die strafrechtliche Garantenstellung derjenige der sozialen Garantenstellung, was jedoch im Rahmen der interessierenden Handlungslehre unsichtbar bleiben mußte.

2. 5. OBJEKTIVE PERSONALITÄT

Besteht nach *Jescheck* zur finalen Handlungslehre „kein Gegensatz, die soziale Handlungslehre nimmt vielmehr die Finalität in sich auf"[260], wobei das daraus resultierende Handlungskonzept „nicht bloß eine terminologische Aushilfe" darstellen soll, sondern „ein Grundbegriff von konkreter Inhaltlichkeit", dessen materialer Gehalt in den „unter dem Oberbegriff der sozialen Erheblichkeit" zusammengefaßten „Elementen der Finalität, der Kausalität und der Handlungserwartung" liegt[261], so hebt zwar auch *Maihofer* „eine Synthese von finaler und sozialer Betrachtung der Handlung" ebenso hervor[262], hinsichtlich des Materialitätsaspekts nimmt aber der Handlungsbegriff hier eine diametrale Gestalt an. Das Schlüsselmoment von Konzeption *Maihofers* bildet die Überwindung „natürlich-sozialer" Betrachtungsweise[263], scil. die Eliminierung aus dem Handlungsbegriff von „Resten naturalistischer Betrachtung"[264], sei es „das physiologische Merkmal der Körperlichkeit" oder „die psychologischen Merkmale" der „Willkürlichkeit" und der

für bestimmte Weisen seiner Existenz ‚interessiert', noch zu unbestimmt bleibt (ibid., S. 68). Der strafrechtliche Handlungsbegriff hat es, mit anderen Worten, „nicht mit der Existenz des Menschen schlechthin, sondern allein mit dessen sozialer Existenz zu tun" (ibid., S. 69).

[259] *Hohmann,* Personalität und strafrechtliche Zurechnung, S. 301.

[260] *Jescheck,* Handlungsbegriff, S. 150 (Fn. 51).

[261] Ibid., S. 153.

[262] *Maihofer,* Der soziale Handlungsbegriff, a. a. O., S. 181 f.

[263] *Maihofer,* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 70.

[264] *Maihofer,* Der soziale Handlungsbegriff, a. a. O., S. 159.

„Willentlichkeit“[265]. Denn erst dadurch wird „der Weg frei zur Erfassung der Handlung nicht einfach nur als das äußere oder innere Bewirken einer Wirkung, sondern als Akt und Produkt geistiger Leistung“[266].

Hiernach kommt es nicht bloß auf die Ersetzung der „auf die sinnliche Wahrnehmung bezogenen Maßstäbe“ der kausalen wie der finalen Dogmatik durch „diejenigen geistigen Kategorien“ an, die „Sinndeutung des Geschehens“ als „soziales Phänomen“ ermöglichen, sondern vor allem wird die Konstituierung eines widerspruchsfreien allgemeinen Handlungsbegriffs angestrebt, auf den jede Erscheinungsform[267] des strafrechtlich relevanten Verhaltens bezogen werden kann[268], scil. i. S. einer „Umschreibung ‚menschlichen‘ Verhaltens“ im Handlungsbegriff „vom Subjektiv-Persönlichen ins Objektiv-Personale“ und somit durch die „Unterscheidung und Ausscheidung all derjenigen Geschehensweisen, die innerhalb oder außerhalb des ‚Menschlichen‘ überhaupt liegen“[269]. Die hiermit angestrebte endgültige Überwindung des „Kausaldogmas“ konkretisiert sich wiederum in den Merkmalen der „objektiven Finalität“ als „*Voraussehbarkeit* des Handlungserfolges“ einerseits und der „potentiellen Finalität“ als „*Beherrschbarkeit* des Handlungsgeschehens“ andererseits[270]. Ein durch das o. e. Merkmal der „objektiven Personalität“ resp. des „Maßstabs des (objektiv) ‚Menschenmöglichen‘“ wie durch das Merkmal der „sozialen Außenwelt“ resp. des „Maßstabs der (sozialen) ‚Folgen für Andere‘“ komplementierter Handlungsbegriff *Maihofers* bestimmt dabei die Handlung „im strafrechtlichen Sinne“ als ein „*für Menschen beherrschbares (=bezweckbares) Verhalten mit voraussehbarem (=objektiv berechenbarem) sozialen Erfolg*“[271].

3. HAUPTFUNKTIONEN DES HANDLUNGSBEGRIFFS NACH *MAIHOFER*

Das gegebene Handlungsmodell als Ergebnis einer Absolutisierung des Merkmals der „sozial aktuellen“ Geistigkeit hebt das eigentliche Gesamtbild der sozialen Handlungs-

[265] Ibid., S. 159 ff, *ders.,* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 69 f.

[266] *Maihofer,* Der soziale Handlungsbegriff, a. a. O., S. 159.

[267] S. aber vor allem zur Kritik des Unterlassungsbegriffs der sozialen Handlungslehre *Welp,* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 104 ff; vgl. *Gallas,* Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, S. 53 ff; kritisch zur „Kategorie der sozialen Erwartung“ als „Merkmal des strafrechtlichen Unterlassungsbegriffs“ *Schünemann,* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 17 f. Zur Begründung der objektiven Handlungsmöglichkeit bei der Unterlassung in der sozialen Handlungslehre *Liszt-Schmidt,* Lehrbuch, 26. Aufl., S. 170; *Engisch,* Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände, 1931, S. 31*; Mayer,* Strafrecht AT, 1953, S. 112*; Sauer,* Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, in: FG Frank, Bd. I, 1930, S. 213*;* vgl. *Nowakowski,* Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, S. 43; a. aber auch zur Respezialisierung des handlungsbegrifflich relevanten Akzents auf den Pflichtbegriff: *Hafter,* Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, AT, 2. Aufl., 1946, S. 76; zum Differenzierungsvakuum in der modernen Dogmatik *Struensee,* Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt,in: FS Stree und Wessels,1993, S. 134.

[268] *Maihofer,* Der soziale Handlungsbegriff, a. a. O., S. 169 f, 181.

[269] Ibid., S. 169.

[270] Ibid., S. 179 f.

[271] Ibid., S. 180 ff.

lehre hervor. Vor allem ist aber hervorzuheben, daß der soziale Handlungsbegriff auch in dieser Ausprägung nicht zur bloßen Ablösung der oben analysierten *Welzel*schen Konzeption führt; vielmehr liegt hier nach wie vor ein Versuch vor, das im Handlungsbegriff von *Welzel* entdeckte „Zweckmoment" im Rahmen einer objektiv maßgeblichen Sichtweise dogmatisch fruchtbar zu machen. Mit anderen Worten, „so gefasst, widerspricht der soziale dem finalen Handlungsbegriff, entgegen verbreiteter Auffassung, in der Sache nicht, insofern er nur eine durchaus andere Funktion als dieser erfüllen, nämlich den kleinsten gemeinsamen Nenner aller Spielarten strafrechtlich relevanten Verhaltens bezeichnen soll: Innerhalb der Grenze des Bezweckbaren liegt, wie ohne weiteres ersichtlich, sowohl der tatsächlich bezweckte wie der bloß vermeidbare Geschehensablauf, und dies ohne Rücksicht darauf, ob der Täter handelnd eingegriffen oder solchen Eingriff gerade unterlassen hat. Nur hat diese Bezweckbarkeit eben kein reales Substrat – sie ist ein bloßer Oberbegriff"[272]. Theoretisch gesehen, läßt sich zwar auf der anderen Seite u. a. Fahrlässigkeit ebensowenig als bloße „Ausnahme" bei der Begründung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs betrachten[273], der Grund aber, aus welchem das Wesen der strafrechtlichen Handlung in der „objektiven Bezweckbarkeit" des Verhaltens einerseits und der „objektiven Berechenbarkeit" des „sozialen Erfolgs" andererseits gesehen wird, bleibt überwiegend didaktischer Natur: Handlung als „Systemoberbegriff" resp. „den gesamten Systemaufbau tragendes *Grundelement*", „von dem als dem ‚genus proximum' alle ‚differentiae specificae' deduktiv ausgehen müssen", hat hinsichtlich der entsprechenden „Prädikate" wie „Attribute", die strafrechtlich „als Feststellungen (deskriptiv) oder Wertungen (normativ) überhaupt in Betracht kommen", einen allgemeinen, systematisch invariablen[274] Bezugsrahmen zu bestimmen[275]. Zu demselben Ergebnis führt in bezug auf die hiesigen Prädikate der Handlungsbegriff auch als *„Verbindungselement"*, – das u. a. jeden Vorgriff auf die „äußeren Folgen" wie die „inneren Ursachen" der Handlung gleichermaßen auszuschließen hat und somit „als deren Träger, als Subjekt dieser Prädikate, muß der Handlungsbegriff allen diesen Prädikaten gegenüber, die erst im weiteren Untersuchungsgang am konkreten Tatbestand gefällt werden sollen, völlig indifferent sein", – so wie als *„Grenzelement"* des Verbrechenssystems[276]. In letzterer Hinsicht heißt dies hier wiederum nicht zuletzt, daß ein Handlungsbegriff, „der nicht geeignet ist, eine auch kriminalpolitisch ‚richtige' Grenze zu ziehen, der etwa die Unterlassungen oder die unbewußt fahrlässigen Handlungen nicht mehr zu erfassen vermag, ist auch ‚für die Theorie' nicht brauchbar"[277].

[272] *Stratenwerth,* Strafrecht AT I: Die Straftat, 4. Aufl., 2000, Nr. 14.
[273] Vgl. *Engisch,* Willensfreiheit, S. 60.
[274] S. zur *Roxin*schen Kritik, freilich mit Beschränkung auf den positivrechtlichen Gesichtspunkt: *ders.,* Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 74 f.
[275] *Maihofer,* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 7.
[276] Ibid., S. 8 f, 69.
[277] Ibid., S. 9.

Da es dabei eben nicht „etwa von vornherein von bestimmten Formen von Handlungen ausgegangen wird“[278], bleibt es in erster Linie bei einem negativen Umriß der Tatbestandsmäßigkeit, die keinen Eingang in den Begriff selbst findet. Der soziale Handlungsbegriff wird sonach sowohl dem „inneren“ wie auch dem „äußeren“ „Tatbestandselement“ gleichermaßen vorgelagert resp. auf eine Neutralität gegenüber den „Feststellungsgrundlagen“ des Unrechts- und Schuldtatbestandes ausgerichtet. So überträgt sich u. a. die gesamte Problematik der „Willensursächlichkeit“ auf die Ebene der Täterschaftslehre mit Beschränkung des Handlungsbegriffs auf das Moment des „Bewirkens“. Ob es sich wiederum um einen bestimmten „Erfolg“, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, Tun oder Unterlassen handelt, sind verbrechenssystematisch erst „im Zusammenhang“ mit dem bereits konstituierten Begriff der strafrechtlichen Handlung zu ermittelnden Komponenten, scil. worum es insofern geht, sind eine äußerlich-negativ konstruierte „Existenz“ der Handlung „überhaupt“[279] und das daraus resultierende konnotative Vakuum zugunsten einer didaktischen Tauglichkeit des Begriffs, die hier allemal im Vergleich zu den oben analysierten Konzeptionen als durchaus konsequent realisiert zu betrachten ist.

Der in solcher vor „jeder konkreten Tatbestandsmäßigkeit“[280] erschöpften Handlungskonstruktion erhobener Anspruch, sowohl Gesellschaft als auch Strafrecht problemorientiert zu erfassen[281], ist aber bereits auf der aktuellen Ebene, die freilich noch als kein eigentlicher Prüfstein für diesen theoretisch ausschlaggebenden Gesichtspunkt dienen muß, eben rein abstrakter Ausprägung: Das Merkmal der „sozialen Sinnhaftigkeit“ resp. der „strafrechtlichen Relevanz“ bezieht sich auf ein Verhalten ohne jeden – theoretisch wie praktisch gleichermaßen aktuellen – „konkreten Inhalt“[282].

4. DER STRAFRECHTLICH RELEVANTE WERTUNGSSTANDPUNKT

Die oben hervorgehobenen Kontroversen hinsichtlich der Zugehörigkeit zum Handlungsbegriff von Komponenten naturalistischer Sichtweise übertragen sich hier wiederum in keinem Maße auf die traditionelldogmatische Korrelation der strafrechtlichen „Handlung“ mit den „übrigen“ konstitutiven Merkmalen des Verbrechenssystems, wobei nach *Engisch* auch keiner Revision der Grundsatz unterzogen werden kann, daß „wesentlich“ für den Verbrechensbegriff eben die traditionellen Merkmale sind, „und zwar insgesamt, wie immer sie im einzelnen bestimmt und miteinander verbunden sein mögen“[283]. Die in der sozialen Handlungslehre auf den ersten Blick intendierte Gewichtsverlagerung von der Didaktik auf die Theorie verfehlt aber bei näherem Hinschauen ihr Ziel nicht nur i. S. der bereits betonten Differenzierung zwischen einem „strafrechtlich rele-

[278] Ibid., S. 7.
[279] Ibid., S. 9, 69 f.
[280] Ibid., S. 72.
[281] *Maihofer,* Der soziale Handlungsbegriff, S. 180 f.
[282] Vgl. *Bubnoff,* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 151 ff.
[283] *Engisch,* Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, in: FS Welzel, S. 354.

vanten“ und einem „konkret“ tatbestandsmäßigen Verhalten resp. der daraus resultierenden abstrakten Materialität des Begriffs; vielmehr stellt ein auf einen abstraktsozialen Sinn beschränktes Handlungsmodell, mit oder ohne Einbeziehung in den Begriff von schieren oder individualpsychisch supplementierten mechanistischen Koeffizienten, immer nur einen „strafrechtlichen Hilfsbegriff“[284] dar.

Soll hingegen der Handlungsbegriff den strafrechtlichen Wertungsstandpunkt umfassen, so trägt er nichts mehr zum Deliktsaufbau als richtungweisenden Anhaltspunkt bei, den zu überwinden, so will es scheinen, die soziale Lehre ebensowenig beabsichtigt hat, wie ihrerseits die subjektiv-finale Auffassung. So muß der Handlungsbegriff nach *Jescheck* bloß die Möglichkeit bieten, „Rechtswidrigkeit und Schuld so abzugrenzen, wie es den immanenten Anforderungen der beiden materialen Verbrechensmerkmale entspricht. Wie diese Anforderungen zu bestimmen sind, folgt dann nicht aus dem Handlungsbegriff, dessen Wert in seiner Neutralität liegt, sondern ergibt sich erst aus Grundvorstellung von Rechtswidrigkeit und Schuld selbst. Sobald der Handlungsbegriff dem Aufbau der Verbrechenslehre freie Bahn läßt, gewinnt die Möglichkeit inhaltlich verschiedener, in ihrem Wahrheitsgehalt aber gleichberechtigter Strafrechtssysteme Gestalt“[285]. Demnach hat die Handlungslehre keinen prinzipiellen Beitrag *zur Entwicklung des Verbrechensbegriffs* zu leisten; vielmehr kommt es hier nur noch darauf an, den Handlungsbegriff dem Umfang wie dem Inhalt nach, wenn auch nur indirekt oder in letzterer Hinsicht nur abstrakt, an ein bereits vorhandenes oder jedenfalls separat davon zu entfaltendes Strafrechtsprogramm als eine „didaktisch nützliche Deliktseingangsstufe“[286] anzupassen.

Demzufolge bleiben insofern Gesellschaft und Strafrecht getrennt, was sich die Handlungslehre am wenigsten zum Ziel setzen muß. Nichtsdestoweniger bildet es aber, so gesehen, immer noch nur die Oberfläche des Problems, dessen genuin sozial kaum akzeptable Bestimmung vielmehr darauf zurückzuführen ist, daß der gesellschaftliche Aspekt selbst überhaupt viel zu weit gefaßt wird, dies nicht etwa aus der Perspektive des unten zu zeigenden Versuchs *Maihofers* hinsichtlich einer Differenzierung zwischen dem „allgemein-sozialen“ und dem „negativ-sozialen“ Sinn, deren Bedeutung für den Handlungsbegriff viel enger ausfällt, sondern im Hinblick auf den Versuch einer *institutionell amorphen* Erfassung des Wesens der Handlung.

Was als Verbrechen zu begreifen sein soll, folgt aus dem strafrechtlichen Handlungsbegriff und nicht umgekehrt-restriktiv: Die Aufgabe jeder kompletten Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens besteht in nichts anderem als der Entwicklung des Verbrechensbegriffs, der *somit* in keinem Maße und in keiner Hinsicht außerhalb des Begriffs der strafrechtlichen Handlung „konkretisierbar“ sein kann. Daß es gerade und immer nur nach diesem Verständnis die Ebene des *Sozialen* auch diejenige des *straf*rechtlich Relevanten in ihrer Komplexität ist, mag aus der Perspektive der sozialen Hand-

[284] S. *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 7.
[285] *Jescheck,* Handlungsbegriff, S. 154.
[286] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 13.

lungslehre als streitig erscheinen, und zwar aus dem Grund nur, daß im Falle einer institutionell amorphen Bestimmung des Leitpunkts der Handlungsbegriff noch auf *keine funktionale Sinnhaftigkeit* – resp. „keine funktionale Vorbelastung“[287] – angewiesen wird. Wo dies hinwieder nicht der Fall ist, gibt den Ausschlag nicht die oben angesprochene Uferlosigkeit des gesellschaftlichen Aspekts, sondern *eine materiellrechtliche Kontinuität*, die in einem strafrechtlichen Handlungsbegriff Gesellschaft und Strafrecht auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen vermag[288].

5. FUNKTIONALE NEUTRALITÄT

5. 1. ORDNUNGSTECHNISCHE FUNKTIONALITÄT

Im Rahmen einer „funktionalen Mehrwertigkeit“ des Handlungsbegriffs ergibt sich nach *Maihofer* dessen Neutralität gegenüber den „Bewertungsgrundlagen“ des Unrechts- und Schuldtatbestandes resp. die Notwendigkeit der Eliminierung sowohl der „unrechtmäßigen Wirkungen der Handlung“ als auch der „schuldhaften Bewirkung der Handlung“, vor allem aus der Funktion als „Verbindungselement“ des Verbrechenssystems[289], da „jede Strafrechtssystematik muß, wenn sie überhaupt ihre Aufgabe ‚systematisch‘ lösen will, beachten, daß die Wertungsstufen, die sie bei der Subsumtion des Verbrechens zu durchlaufen hat und aus denen sich die Unwerturteile: ‚unrechtmäßig‘ – ‚schuldhaft‘ – ‚strafbar‘ ergeben, in einer funktionalen Aufeinanderfolge liegen (...) Die ‚Handlung‘ ist das verbindende Element, das alle diese Stadien der Betrachtung mit durchläuft und dabei jeweils den einen mit dem nächsten Wertungsstandpunkt in Verbindung setzt“[290]. Der Handlungsbegriff muß mithin nicht bloß, wie bereits gezeigt, „eine möglichst ‚neutrale‘ Beschreibung“ für alles strafrechtlich Relevante abgeben, sondern in demselben Maße mit „keinen unnötigen Wertungen von vornherein“ belastet werden, wie es u. a. auch der Funktion als „Grundelement“ zu entnehmen war: Die Forderung nach „Einheit des Begriffs“ und somit der „logischen Einheitlichkeit des Systems“ im letzteren Falle deckt sich, mit anderen Worten, in aktueller Hinsicht mit Forderung nach „Neutralität des Begriffs“ zum Zweck der „Gewährleistung der Folgerichtigkeit der Systematik“ im Falle der ersteren „Strukturform“ des Handlungsbegriffs[291]. Auf nichts anderes zielt hier ihrerseits auch die Funktion eines objektiv-finalen Handlungsmodells als „Grenzelement“ des Systems ab[292].

Bleiben wir vorerst beim für das gegebene Problem als zentral hervorgehobenen Maßstab, scil. dem Vorhaben, die strafrechtliche Handlung als „Verbindungselement“ des Verbre-

[287] *Maihofer*, Der Handlungsbgriff im Verbrechenssystem, S. 64.
[288] 2/II.
[289] *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 10 f, 69 und passim.
[290] Ibid., S. 8.
[291] Ibid., S. 8, 65.
[292] Ibid., S. 71 ff.

chenssystems zu begründen. Was hierbei vor allem den „Funktionswert“[293] des Handlungsbegriffs anbelangt, so ist es evident, daß der ganze Blickpunkt auf *eine ordnungstechnische Funktionalität* des Begriffs reduziert bleibt. Die Abhängigkeit der systematischen Konsistenz von der „funktionalen Subsidiarität“ des Handlungsbegriffs gegenüber den *„an ihn angeschlossenen“* spezifisch strafrechtlichen Wertungen[294], die wiederum von den o. e. „Feststellungsgrundlagen“ nur noch in diesem Sinne als nicht distanzierbar betrachtet werden, erweitert nicht den systematischen Sinn des Handlungsbegriffs, wie es durch den Übergang zur Ebene der sozialen Sinndeutung zu erwarten wäre, sondern läßt die Bedeutung dieser Grundvorstellung von einem strafrechtlichen Handlungsbegriff für die Theorie gerade verblassen; die soziale Sinnhaftigkeit eines Verhaltens *als bloßer Anknüpfungspunkt* für die Konstruierung einer Verbrechenslehre ist theoretisch unbegründbar (und damit also die oben angesprochene Trennung zwischen den systematischen Ebenen des Sozialen und des strafrechtlich Relevanten), *denn die Spezifizierung dessen sozialen Sinngehalts gehört zum Gegenstand der Verbrechenslehre*. Soll demnach die „systematische Folgerichtigkeit“ gewährleistet sein, so kann eine solche Spezifizierung nicht außerhalb des Handlungsbegriffs erfolgen, dessen Wesen nicht in einer „willkürlichen Ursächlichkeit“ des Erfolgs oder in der „subjektiven Zweckläufigkeit“ gesucht wird, sondern eben durch die soziale Sinnhaftigkeit erklärt werden soll. Demgemäß läßt sich die aus dem o. e. Postulat *Maihofers* resultierende „negative Bestimmung der an diesen Grundbegriff ‚Verhalten‘ anzuschließenden Struktur“[295] und die darauf folgende rein formale Verbindung durch den Handlungsbegriff von weiteren Teilbereichen des Systems als kein theoretisch akzeptables Ergebnis begreifen.

5. 2. ABLEHNUNG DES „NORMATIV-SOZIALEN“ GRUNDSATZES

Bei der Umkehrung des Vorgriffs auf das „Unrechtselement des Verbrechens“, der u. a. im sozialen Handlungsmodell *Sauers* zum Vorschein tritt, verzichtet *Maihofer* auf den „Wertbezug auf das Sollen“ in der Handlungslehre, womit in *seinem* Handlungsbegriff „das auf die unrechtmäßigen Wirkungen bezogene Merkmal der ‚Rechtswidrigkeit‘ einer ‚normativ-sozialen‘ Handlungslehre“ ausgeschlossen wird[296]. Die „Normwidrigkeit“ als formales Kriterium für eine Erweiterung der systematischen Bedeutung der „Handlung“ an sich ist wiederum auch nach dem hiesigen Verständnis unmaßgeblich; vielmehr kommt es im gegebenen Kontext überhaupt nur auf *die Norm als Grundlage gesellschaftlicher Interaktion* an, von der *die „die soziale Existenz des Menschen“ konstituierenden Rechte wie Pflichten* abzuleiten sind[297]. Ob es nun in handlungsbegrifflich relevanter Hinsicht auf die Norm als isoliert genommenen oder funktional zu komplementierenden Maßstab auch in dieser Qualität ankommt, ist ein selbständiges Problem, dessen Lösung nicht im

[293] Ibid., S. 10.
[294] Ibid., S. 69.
[295] Ibid.
[296] Ibid., S. 70.
[297] S. ibid.

Rahmen einer Auseinandersetzung mit der objektiv-finalen Konzeption erfolgen kann. Daß es aber um soziale Interaktion geht, scil. daß der Mensch *nur als Subjekt der – nicht zuletzt die Rechtsbeziehung umfassenden – sozialen Beziehung resp. der sozialen Interaktion* handeln kann, soviel läßt sich im Rahmen einer gesellschaftlich aktuellen Problemstellung auch insofern behaupten, und dies seinerseits im Gegensatz zur o. a. Ablehnung des „normativ-sozialen" Ansatzes.

Freilich soll dabei nicht behauptet werden, die Maßgeblichkeit einer sozialen Sinndeutung im Handlungsbegriff sei dadurch nach der hier zu analysierenden Auffassung aufgegeben: Wo die sublime Differenz liegt, ist nicht das gegebene Moment als solches, sondern *das Verständnis von Gesellschaft*, die Vorrangigkeit von Maßstäben, durch welche sich die Gesellschaft *essentiell* konstituiert. Der aktuelle Unterschied, wie unten zu zeigen ist, konkretisiert sich hier qualitativ erst im Hinblick auf die Handlung als „Grenzelement" des Systems; hinsichtlich der im gegebenen Falle interessierenden „Funktion" des Handlungsbegriffs kommt er hingegen nur noch negativ zum Ausdruck, beschränkt auf einen bloß quantitativen Aspekt der sozialen Sinnhaftigkeit an sich.

5. 3. KÖNNEN UND VERMEIDBARKEIT

Als Fortführung der oben hervorgehobenen Tendenz einer „funktionalen Neutralität", scil. einer Abstellung auf nur „objektiv-normative" Kriterien im weitesten Sinne, führt hierbei der Verzicht auf das „Schuldelement des Verbrechens" zur Eliminierung aus der Handlungslehre der „Wertbezogenheit auf das Können" bzw. „des auf die schuldhafte Bewirkung bezogenen Merkmals der ‚Vermeidbarkeit' der ‚finalen' Handlungslehre"[298]. Wo und inwiefern die Vermeidbarkeit als integrales Element vorkommen sollte, ist hier nicht die Kernfrage, sondern weshalb es um eine äußerliche, periphere Verbindung durch einen *sozialen* Handlungsbegriff von konstitutiven Verbrechensmerkmalen bzw. nicht um eine wesenhafte Verbindung im Handlungsbegriff selbst gehen muß. Zwar umfaßt die Ebene der Sozialität auch vieles andere, ohne daß es strafrechtlich relevant wäre (und dies, wie wir gesehen haben, spricht gerade nicht nur für die in der sozialen Handlungslehre vertretenen Grundprinzipien), *liegt aber die rechtliche Bewertung(en) eines Verhaltens außerhalb dessen sozialer Sinndeutung*? Und wenn dies offensichtlich nicht der Fall ist, – so wie die Tatbestandsmäßigkeit „menschlichen Verhaltens" nicht außerhalb dessen sozialer Erheblichkeit liegen kann,[299] – warum bleibt es bei einem abstraktsozialen Sinn resp. den bloßen Konturen gesellschaftlicher Aktualität *in jeder handlungsbegrifflich relevanten Hinsicht*, die den Begriff der „Handlung" nicht als pure Hilfskonstruktion abzulösen vermögen?

Vor allem heißt es nur, daß hier eben das Merkmal der sozialen Sinnhaftigkeit noch keine konsequente Realisierung findet; vielmehr bleibt es eben bei einem quasisozialen Leit-

[298] Ibid., S. 64, 70.

[299] A. A. *Roxin*, Strafrecht AT I, 8/54.

programm, das *das gesellschaftlich Relevante im Strafrecht nur zu rudimentär erfaßt*. Ein sozialer Handlungsbegriff, soll er zugleich als strafrechtlicher Handlungsbegriff verstanden werden, muß den gesellschaftlichen Aspekt im Strafrecht erschöpfend mit einbegreifen und umgekehrt, scil. die soziale Sinnhaftigkeit bildet keine technische Verbindungsrichtlinie in bezug auf die Schuldsphäre, sondern die Schuld selbst schöpft den sozialen Sinn keinesfalls außerhalb eines strafrechtlich relevanten Verhaltens als *Handlung*. Bleibt dementgegen der soziale Aspekt dem strafrechtlichen bloß „vorgegeben", wie es in der in Rede stehenden Handlungslehre der Fall ist, so trägt das Strafrecht nichts zur Konstruierung der Gesellschaft bei, und außerhalb der Gesellschaft gibt es wiederum für das Rechtssystem überhaupt bzw. auch funktional keinen Platz.

In einer Gesellschaft, wo es Strafrecht geben kann, sind sonach die gegebenen Aspekte bei der Konstituierung eines sozialen Handlungsbegriffs, der nicht per Zufall die Spezifik des strafrechtlich relevanten Verhaltens wiedergibt, nur streng korrelativ erfaßbar, was seinerseits einer „funktionalen Neutralität" des Handlungsbegriffs gerade zuwiderläuft: Gewiß gibt es in der Gesellschaft e. c. nicht nur *Rechts*normen, es gibt sie aber ebenso offensichtlich nicht außerhalb des Begriffs der *sozialen* Verhaltensregeln. Warum es *um Gesellschaft überhaupt* geht, läßt sich daher allemal nicht etwa funktional spontan klären.

5. 4. NEUTRALITÄTSDILEMMA

Auf dieselbe Weise erfolgt in der sozialen Handlungslehre die Spezifizierung der „Mehrdeutigkeit" des Begriffs „sozial" im Lichte der Begründung des Handlungsbegriffs als „Grenzelement" des Verbrechenssystems. Es kommt hauptsächlich auf die „Wirksamkeit des Begriffs" i. S. der „praktischen Brauchbarkeit eines auf dieser Grundlage aufgebauten Verbrechenssystems"[300] an, wobei „das Wort ‚sozial' selbst, das bereits in der Definition *E. Schmidts* Verwendung findet, erweist sich dazu als ungeeignet. Denn es kann in seiner Doppeldeutigkeit sowohl auf positiv wie auf negativ ‚soziales Verhalten' bezogen werden. Nur das letztere aber ist für das Strafrecht ‚relevant' und kommt für dieses als ‚Handlung' in Betracht"[301]. Mit anderen Worten, es wird versucht, die „absolute untere Grenze der strafrechtlichen Betrachtung"[302] zu bestimmen. Eine solche Ubiquitätsvermeidung kann jedoch als Ausdruck des Wesens eines Handlungsbegriffs, der schon dem Tatbestand vorgelagert ist, kaum gedacht werden.

Vor allem ist es hierbei „der ‚Zweck', als der zukünftige, in der objektiven Richtung (Finalität) eines Geschehens liegende Wert oder Unwert, der ‚Handlung' von Nichthandlung unterscheidet, der ein Verhalten schon als bloßes ‚Handeln', noch vor seiner Ziel-

[300] *Maihofer,* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 65 ff.
[301] Ibid., S. 71.
[302] Ibid., S. 9.

erreichung, zum sozial relevanten Geschehen ‚färbt'"[303]. Das „handelnde" Subjekt führt somit keinen strafrechtlich relevanten Effekt herbei, so wie der letztere Begriff hier zu verstehen sein soll, sondern jede „Zielerreichung" liegt außerhalb des Handlungsbegriffs und kommt zu diesem als funktional selbständige Komponente hinzu. Die gegebene Trennung ist in ihrer systematischen Bedeutung absolut, i. e. das Subjekt der „Handlung" bleibt ausschließlich in der „objektiven Richtung eines Geschehens" erkennbar. Um eine vollständige Entfaltung des objektiven Maßstabs handelt es sich aber keineswegs; vielmehr ist es evident, daß diese Restriktivität des Handlungsbegriffs ein Rudiment naturalistischer Betrachtungsweise darstellt, auf dessen Kosten die Vorrechtlichkeit des Begriffs gewährleistet bleiben muß.

Wie den oben hervorgehobenen Momenten zu entnehmen ist, bietet sich hier keine Möglichkeit für eine genuin rechtliche Methodologie. Genauer gesehen, „da ein Vorgriff auf die Feststellungen und Wertungen des Unrechts- und Schuldtatbestandes sich verbietet, bleibt als Maßstab (...) nur der vor jeder konkreten Tatbestandsmäßigkeit liegende Bezug eines strafrechtlichen Verhaltens auf die sozialen Güter, zu deren Schutz diese ganze Ordnung errichtet ist, und deren Verletzung unter bestimmten typischen Begehungsweisen sie mit Strafe bedroht. Damit gewinnen wir aber auch nun den rechtlichen Bezug unseres Begriffes: neben seiner Wirklichkeitsbezogenheit auf den Grundbegriff menschliches Verhalten, seine Wertbezogenheit auf diese ‚Welt' für schutzwürdig erklärter sozialer Güter"[304]. In demselben Sinne wird gemeint und entfaltet sich das Merkmal der objektiven Finalität, die sich als rein formales Korrelationskriterium hinsichtlich des „menschlichen Verhaltens" einerseits und der „Sozialgüter" andererseits konkretisiert, scil. „ ‚Handlung' ist menschliches Verhalten, das auf Bewirkung der Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter gerichtet ist. Kürzer: ‚Handlung' ist auf die Bewirkung der Verletzung von Sozialgütern gerichtetes Verhalten. Oder, einfach auf die Wirkungsrichtung abgestellt: ‚Handlung' ist auf die Verletzung von Sozialgütern gerichtetes Verhalten"[305]. Die Verletzung von Sozialgütern bildet jedoch kein spezifisch menschliches Verhalten, und demnach kann es von Anfang an bei der Realisierung des objektiv-finalen Ansatzes sowohl um Gesellschaft wie auch um Natur gehen.

Die „strafrechtliche Geschütztheit" von sozialen Gütern ergibt sich dabei nicht nur aus keinem vortatbestandlichen Handlungskonzept[306], sondern der Tatbestand selbst ist hierfür noch kein vollständiger Maßstab[307]. So schützt das Strafrecht e. c. im Rahmen eines rechtswidrigen Angriffes die der Notwehr ausgesetzten Interessen des Angreifers nicht,

[303] Ibid., S. 72.
[304] Ibid.
[305] Ibid.
[306] A. A. aber vor allem auch *Liszt,* Lehrbuch, 5. Aufl., S. 143 und passim.
[307] vgl. *Thiel,* Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, 2000, S. 27; näher *Linde,* Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik, 1988, S. 3 f.

und dies ist eben gesellschaftlich unumgänglich[308], ergebend zur Notwehrhandlung sowohl Rechte wie auch mitunter Gebote – trotz der Verletzung von „Sozialgütern“[309], i. e. die Welt des Sozialen bzw. des „sozial Sinnhaften“ läßt sich nicht mit einer „Güterwelt“ identifizieren oder durch abstrakte Irregularitäten (bzw. abstrakte Regularitäten) erklären. Handlung als „auf die soziale Existenz des Menschen bezogener Rechtsbegriff“[310] hat daher wenig zu tun mit der Differenzierung zwischen den „handlungs-“ und „verbrechensbegrifflich“ relevanten Ebenen, für deren Identität das Merkmal der objektiven Finalität, wenn auch viel enger als bloße Ursächlichkeit oder subjektive Zweckläufigkeit, immer nur zu weit ausfällt: Der soziale Aspekt ist keine Durchgangsebene zwischen der Natur und dem Strafrecht, sondern die Entfaltung des strafrechtlich relevanten Gesichtspunkts kann *nur* innerhalb des sozial Relevanten erfolgen.

6. DER SOZIALE HANDLUNGSBEGRIFF NACH *BUBNOFF*

In der Konzeption von *Bubnoff* bildet der soziale Handlungsbegriff in seiner Ausprägung als „allgemeiner Handlungsbegriff“ den Gegenstand einer Kritik im Hinblick auf „seine Abstraktheit“ resp. „das Fehlen konkreten Inhalts“[311]. Wird der *„soziale Handlungsbegriff“*, genauer gesehen, „umfassend allgemein verstanden, besagt er generell, daß im Bereich strafrechtlicher Wertung nur menschliches ‚Handeln‘, d. h. aber sozialerhebliches Verhalten, ‚Verhaltensweisen mit sozialer Sinnhaftigkeit, wie sie die Erfahrung im sozialen Leben uns verstehen lehrt‘ von Bedeutung sind, so ist er ohne *systematischen* Wert“[312]. Hiernach kommt es beim sozialen Handlungsbegriff nicht auf „einen systematischen Grundbegriff vorrechtlicher Art (Aufbauelement)“ an, sondern „sozialerhebliches Verhalten ist insoweit jeweils mit strafrechtlich relevantem, d. h. tatbestandsmäßigem Verhalten gleichbedeutend“[313]. Vor allem zielt aber somit die Auffassung *Bubnoffs* auf eine Konkretisierung der in der sozialen Handlungslehre abstrakt konturierten „strafrechtlichen Relevanz“, was sich systematisch gesehen zweifellos auch als notwendige Attribuierung darstellen läßt. So ist es u. a. offensichtlich, daß „nicht schon der Handlung überhaupt i. S. des allgemeinen Handlungsbegriffs, sondern erst im jeweiligen Tatbestand umschriebenen konkreten Handlung bei den Begehungsdelikten eine eigenständige Aufbaufunktion zukommt“[314]. Nur kommt es hier hauptsächlich nicht auf die systematische Bedeutung per se an, denn sie ist so gesehen nicht invariant, wie

[308] S. die Erweiterung des gegebenen Kontexts bei *Ellerbrock,* Die relative Rechtfertigung, 2001, S. 24; zur Spezifik der aktuellen Korrelation im Falle des Notstandes *Pawlik,* Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 308 ff.

[309] S. aber *Samson,* Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, in: FS Grünwald, 1999, S. 596; zur Schuld als „Rechtsgutsverletzung“ *Müllereisert,* Schuld und Haftung im Strafrecht und im Privatrecht, 1941, S. 41.

[310] *Maihofer,* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 71.

[311] *Bubnoff,* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 151.

[312] Ibid., S. 152.

[313] Ibid.

[314] Ibid., S. 154.

hinsichtlich jedes anderen Problems mehr oder weniger aus der Perspektive einer didaktischen Nützlichkeit, und damit also, wie die gesamte Didaktik, vom sekundären Interesse; vielmehr kann ausschlaggebend nur der theoretische Bezugsrahmen sein, aufgrund dessen die o. e. Konkretisierung der strafrechtlichen Relevanz erfolgt. Geht es, anders gewendet, um keine qualitative Neubestimmung der Konzeption von Gesellschaft, so bleibt es eben bei der systematischen Signifikanz an sich.

Hervorzuheben ist, daß die *Bubnoff*sche Sichtweise einen Versuch der qualitativen Reorientierung des handlungsbegrifflich relevanten Zusammenhanges im oben hervorgehobenen Sinne darstellt: „Die Welt des Rechts, der rechtlichen Werte ist die des sozialen Lebens. Alle Erscheinungen des Rechts gehören dem sozialen Lebensraum an. Die soziale Betrachtung stellt sich als Kernbereich der rechtlichen Betrachtung dar. Das strafrechtlich relevante (tatbestandsmäßige) Verhalten ist daher ein Anwendungsfall des sozialerheblichen Verhaltens. Der Begriff der Sozialerheblichkeit ist den aus rechtlichen Werterwägungen entstandenen, an den sozialen Bedeutungsgehalten orientierten Tatbeständen zugeordnet. Der soziale Handlungsbegriff ist daher im eigentlichen Sinne auf tatbestandsmäßige, d. h. im Tatbestand beschriebene konkrete Handlung bezogen“[315]. Die Frage, die man allerdings kaum bejahen kann, ist diejenige, ob die Bezogenheit des strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf das tatbestandsmäßige Verhalten tatsächlich ein erschöpfendes Ergebnis des Grundsatzes manifestiert, – und zwar in strafrechtlich aktueller Hinsicht, – nach dem „die Welt des Rechts“ als „die des sozialen Lebens“ zu begreifen versucht wird. Denn die bloße Tatbestandsmäßigkeit ist nur scheinbare Entwicklung der strafrechtlichen Beziehung, die sich nicht in daraus resultierende Sackgassen zwingen läßt. Was heißt nun dies im Hinblick auf die oben angesprochenen Zusammenhang?

Denkt man als Beispiel an das Unterlassungsproblem von jenem Blickpunkt aus, wo sich die Differenzen zwischen der Konzeption von *Bubnoff* und dem „allgemeinen Handlungsbegriff“ der sozialen Handlungslehre erschöpfen, so kann es hier immer nur lauten, daß „entscheidend“ ein Moment der objektiven Zurechnung sei, nach welchem die Tatsache, daß „der Untätige zu einem bestimmten Tun verpflichtet war“, bloß als „haftungsbegründender“ Umstand hinsichtlich eines bereits konstituierten Begriffs der Unterlassung darzustellen ist[316]. Die objektive Zurechnung im Lichte der gegebenen Parallelisierung und hiermit also die Merkmale der Rechtsbeziehung sind aber bereits deshalb nicht außerhalb eines *sozialen* Handlungsbegriffs thematisierbar, *weil jede rechtliche Verpflichtung zur Welt des sozialen Lebens gehört*. Mit anderen Worten, jede *Rechts*beziehung stellt eine *soziale* Beziehung dar. Des weiteren: Ohne rechtliche Verpflichtungen ist kein sozialer Lebensraum konstruierbar, – *Gesellschaft als Konstruktion gibt es nur als Ergebnis und i. S. der Rechtsbeziehung*, und gerade in diesem Konnex artikuliert sich insoweit

[315] Ibid., S. 152.

[316] S. *Köck*, Kausalität und Zurechnung im Haftungsrecht. Klassische und moderne Problemkonstellationen, in: *Lübbe* (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, 1994, S. 19.

die Einheitlichkeit der sozialen und rechtlichen Aspekte, die über einen didaktisch bestimmten „Handlungsrahmen“ und mithin nicht zuletzt über die Sozialgüter als „handlungsbegrifflich“ relevanten Maßstab hinausgeht.

Warum es in solchem Falle überhaupt um Strafrecht und damit um einen strafrechtlichen Handlungsbegriff geht, bestimmt sich wiederum danach, was die *Strafe* funktional zu leisten hat. Handlungslehre als Theorie eines verwirklichten Verhaltens läßt sich dabei auch auf keine negativen Maßstäbe restringieren. Auf das letztere Moment als solches kommt es an dieser Stelle jedoch nicht an, sondern auf die Tendenz einer qualitativ internen Erfassung vom gesamttheoretischen Kontext, ohne welchen die Handlung sowieso noch nichts zur materiellrechtlichen Beziehung beitragen kann. Die Ablehnung einer solchen Entwicklung, und zwar infolge einer Auseinandersetzung mit der Handlungslehre von *Hegelianern*, gründet sich bei *Bubnoff* auf die Annahme, der Handlungsbegriff, der sich mit dem des Verbrechens identifiziert, sei systematisch ebenso wertlos, wie im Falle dessen Vorrechtlichkeit generell[317]. Die Handlung muß aber vor allem *überhaupt* als kein didaktisches Konstrukt begreifbar sein, das ggf. die systematischen Lücken in einer wie auch immer vorgegebenen Strafrechtslehre zu füllen hat. Der interessierende systematische Wert wird daher auch aus keinen formaldidaktischen Kriterien extrapoliert, so wie die Wertlosigkeit aus keiner formalen „Konkurrenz“. Vielmehr kommt es in dieser Hinsicht gerade darauf an, was Verbrechen als systemspezifisch attribuiertes „Verhalten“ innerhalb des oben angesprochenen theoretisch maßgeblichen Bezugsrahmens darstellt. Daß es nur die Handlung sein kann, ist ohne weiteres evident; welcher Begriff der Handlung sich dabei konkret entfaltet, hängt wiederum von der Aufgabe der Strafe ab. Wie unten zu zeigen ist, hat man es mit einem nur normativen Handlungsmodell im Falle eines präventiv orientierten Strafbegriffs bzw. mit einem funktionalen Handlungsbegriff im Rahmen einer schuldausgleichenden Straftheorie zu tun. Ungeachtet dessen, aufgrund welcher von beiden Betrachtungsweisen sich die Möglichkeit für eine erschöpfende Umfassung des theoretisch aktuellen Gesamtbildes anbietet, setzt der gegebene Anspruch selbst jedenfalls folgendes voraus: Entscheidend ist nicht, daß es um ein „strafrechtlich relevantes Verhalten“ geht, sondern daß der Handlungsbegriff *die komplette Spezifik der strafrechtlichen Relevanz* eines strafbaren Verhaltens wiedergibt, und in dieser Hinsicht stellt die Sozialität alles andere als theoretisch denkbares Hindernis dar[318].

[317] *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 152.
[318] Vgl. *Jakobs*, Handlungsbegriff, passim.

IV. PERSONALE HANDLUNGSLEHRE

1. MENSCH UND HANDLUNG NACH *ARTH. KAUFMANN*

„Wüßten wir, was die Handlung ihrem Wesen nach ist und wie eine Handlung zustande kommt, dann wüßten wir auch sehr viel besser, was der Mensch ist. Dieser Satz gilt vor allem auch in seiner Umkehrung“[319]. Im Gegensatz zur finalen wie der sozialen Handlungslehre stellt dabei die Handlungskonzeption *Arth. Kaufmanns* nicht „isolierend“ auf das „spezifisch Menschliche“ ab. Angestrebt wird die Konstituierung eines ontologisch fundierten personalen Handlungsbegriffs, dessen Struktur „aus dem Sein des Menschen“ in seiner „Komplexität“ erschlossen werden muß[320].

Vor allem wendet sich insofern *Arth. Kaufmann* gegen die „vielfach anzutreffende“ Identifizierung von „ontologischem“ und „finalem“ Handlungsbegriff[321], deren Ursache *er* freilich nur noch auf die These *Welzels* zurückführt, daß es im Bereich des Ontologischen und Sachlogischen „ewige Wahrheiten“ gebe, also am Beispiel der „Finalität menschlichen Handelns“ aus, die weder Gesetzgeber abändern noch Strafrechtsdogmatik mißachten könne[322]. „*Welzel* ist im Recht, wenn er betont, daß auch die Struktur der menschlichen Handlung im Sein angelegt ist und daß daher niemand willkürlich darüber bestimmen kann, was als Handlung gelten soll (...). Andererseits muß aber *Roxin* zugestimmt werden, wenn er sich gegen den Absolutheitsanspruch der finalen Handlungslehre wendet. Auch seine sachlichen Einwendungen gegen diese Lehre dürften fast durchweg das Richtge treffen. Aber das besagt nichts gegen eine ontologisch fundierte Handlungslehre. Vielmehr zeigen diese Einwände nur, daß die finale Handlungslehre die ontologische Struktur der Handlung eben nicht zutreffend oder jedenfalls nicht vollständig erfaßt“[323]. Man mag dies selbstverständlich auch ohne weiteres so sehen, und zwar ungeachtet dessen, ob ein „völlig voraussetzungsloses Erkennen“ als für unmöglich gehalten wird oder man den Begriff der Finalität nach der Ontologie *Hartmanns* bestreitet[324]; nur erfolgt hier die Begründung einer „Notwendigkeit“ des ontologisch strukturierten Handlungsbegriffs auf der Ebene der Gegenüberstellung einer naturalistischen und einer positivrechtlichen Konzeption, was gerade nicht für die grundlegend interessierende Beschaffenheit des Be-

---

[319] *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre, in: *ders.*, Schuld und Strafe, Köln, Berlin, Bonn, München, 1966, S. 25.
[320] Ibid., S. 26, 34, 39, 47 f.
[321] Ibid., S. 29.
[322] Ibid.
[323] Ibid., S. 32.
[324] Ibid., S. 30 f, 53 ff.

griffs sprechen kann. Die Momente, in bezug auf welche diese Sichtweisen entgegengesetzt werden können, sind immer nur von sekundärer Bedeutung, prinzipiell streben sie hingegen nur noch dasselbe an: Die Konzipierung eines Hilfsbegriffs, wenngleich mit einer formal unterschiedlichen Verteilung von „handlungsbegrifflich" relevanten Akzenten.

Eine solche Gegenüberstellung bleibt nun freilich auch nicht linear. Wird nach *Roxin* bereits die Möglichkeit eines „ontologischen" Handlungsbegriffs ausgeschlossen, so sei dies hier nicht zuletzt auf einen „viel zu engen Seinsbegriff" zurückzuführen, der sich auf schiere „materiell-physischen Gegebenheiten" beschränkt[325] resp. viel enger erweist als der des Finalismus selbst zu begreifen sein soll. Da aber „das Sein unserer Welt" eben bei weitem nicht so arm ist, daß es „nur aus empirischen Faktizitäten und Kausalitäten" bestünde[326], läßt sich die ontologische Spezifik der Handlung ebensowenig etwa in einem kausalen Handlungsbegriff zutage fördern: „Das Finale, das Sinnhafte, das Werthafte *ist* ja doch ein Etwas, wenn es auch nicht die Seinsweise der Faktizität, sondern diejenige der Finalität, der Bedeutung, des Geltens besitzt"[327]. Zwar überwindet nach dem hiesigen Verständnis der Finalismus die Ebene der Faktizität keineswegs, zu der die bloßen psychischen Momente in demselben Maße gehören müssen wie „die materiell-physischen Gegebenheiten", dem aber kommt insoweit keine einschneidende Relevanz zu. Worauf es hier dementgegen ankommt, ist die Tatsache, daß der Gegenstand einer handlungsbegrifflich aktuellen Auseinandersetzung mit dem ontologischen Gesichtspunkt in beiden o. e. Hinsichten unbestimmt bleibt.

Nichts ändere sich daran nach *Arth. Kaufmann* auch im Hinblick auf ein soziales Handlungskonzept; vielmehr da der Handlungsbegriff die sozial relevante „Sinndimension" als „ein Essentiale der menschlichen Handlung" mit einschließen müsse, könne dies nur bedeuten, „daß die Sinnhaftigkeit mit zur ontologischen Struktur der Handlung gehört[328]. Wenn wir fragen, was Handlung *ist*, so geht diese Frage weit über den Bereich der Kausalität – aber auch der Finalität – hinaus"[329], weshalb dabei auch die Kontrarisierung eines „ontologischen" und eines „normativen" Handlungsbegriffs e. c. im *Jescheck*schen Sinne als verfehlt betrachtet wird[330]. Als konträr lassen sich hiernach nur ein „rein faktisch-kausaler" und ein „rein normativer ‚Handlungsbegriff'" darstellen, die wiederum als „blutleere Abstraktionen" gerade nicht mit dem „Sein der Handlung" vereinbar sind[331]. Mit anderen Worten, ein ontologisch strukturierter Handlungsbegriff identifiziert sich andererseits ebensowenig auch mit einem normativen Handlungsmodell, mit dem Unterschied allerdings, daß er quantitativ nichts mehr darüber hinaus zu besagen vermag. Was die qualitativen Differenzen hierbei auszumachen hat, ist „die komplexe Natur der mensch-

[325] Ibid., S. 32.
[326] Ibid.
[327] Ibid., S. 33; vgl. *ders.*, Analogie und „Natur der Sache", Karlsruhe, 1965, S. 10.
[328] Näher zur *Arth. Kaufmann*schen Ontologie des Sinnes *ders.*, Schuldprinzip, S. 72 f.
[329] *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 33.
[330] Ibid.
[331] *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O. S. 33.

lichen Handlung“, die sich aber vor allem nicht bloß trichotomisch durch „rein äußerliche Zusammenfassung“ von o. e. Handlungslehren entfaltet, sondern immer nur „aus der Komplexität des menschlichen Seins selbst begriffen und darin fundiert werden muß“[332].

Daß hiermit die Überwindung des abstraktifizierten Handlungsbegriffs anvisiert wird, mag als zweifellos erscheinen. Ob dies wiederum im Rahmen der gegebenen Tendenz gelingen kann, ist aber an sich noch nichtssagend, denn die interessierenden Handlungsmodelle, von denen nach *Arth. Kaufmann* – in welchem Maße auch immer – die Grundlagen der Problematik eben nicht zu trennen sind[333], erweisen sich in mehreren Hinsichten als abstrakt. Vielmehr kommt es einzig darauf an, ob die gegebene Maßgeblichkeit des ontologischen Gesichtspunktes zu einer strafrechtstheoretisch aktuellen Veränderung führt, wobei u. a. nicht vom Problem abgesehen werden kann, ob sich eine Gegenüberstellung des ontologischen mit dem funktionalen Aspekt ebenfalls ausschließen läßt.

2. DER ALLGEMEINE HANDLUNGSBEGRIFF

2. 1. ALLGEMEINER HANDLUNGSBEGRIFF VS. FUNKTIONALE SINNDEUTUNG?

Beschränkt sich *Arth. Kaufmann* darauf, zwischen *Welzel*scher und *Roxin*scher Konzeption nur noch die Divergenzen kritisch hervorzuheben, so ist es keineswegs inzident: Es geht eben um eine Erweiterung des Spektrums von formal divergierenden Standpunkten. Wenn es um keinen finalistischen Vorgriff auf die Unrechtsebene oder keine positivrechtliche „Spezifizierung“ des handlungsbegrifflich interessierenden Bezugsrahmens gehen soll, sondern um eine streng „allgemeine“ Lehre von der „menschlichen Handlung“[334], in deren Rahmen aber nach wie vor der Verzicht auf die Entfaltung jeder kompletten Theorie strafbaren Verhaltens vorprogrammiert wird[335], so bleibt doch die Handlung als Hilfsbegriff auch hier als Leitsatz gerade unerläßlich.

Nun wird es dabei versucht, im Lichte einer methodologischen Vorrangigkeit des rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Kontexts gegenüber dem strafrechtsdogmatischen eine solche Problemstellung per se überhaupt zu vermeiden. So heißt dies hiernach im Rahmen einer Auseinandersetzung mit der *Roxin*schen Auffassung, ein ontologischer bzw. „unabhängig von aller Beziehung zum Recht“ gebildeter Handlungsbegriff vermöge keine „Leistungsfähigkeit“ aufzuweisen, daß „ein philosophisch konzipierter Handlungsbegriff kann in der Tat das, was viele von ihm zu erwarten scheinen, nicht leisten. Philosophie ist nun einmal kein ‚Leistungswissen‘, und wo sie es sein will, übt sie Verrat an ihrem eigenen Wesen“[336]. Wird im ersteren Falle der strafrechtsdogmatische Aspekt isoliert ge-

[332] Ibid., S. 33 f.
[333] Ibid., S. 26.
[334] Ibid., S. 26 f.
[335] Ibid., S. 38.
[336] Ibid., S. 26.

nommen, so ist es im letzteren Falle der rechtsphilosophische und rechtstheoretische Gesichtspunkt, der ebenso ex parte den Ausschlag geben soll, i. e. „gewinnen wir ein etwas schärferes Bild vom Wesen menschlichen Handelns, dann werden auch die Konturen unseres Begriffs vom Menschen selbst deutlicher; und wenn wir besser begreifen, was der Mensch ist, dann wächst auch unser Verständnis für das, was es mit Unrecht, Schuld und Strafe auf sich hat – auch wenn sich das nicht in fertigen, ‚praktikablen', ‚anwendbaren' Regeln niederschlägt".[337] Generell gesehen, weder das positive Recht noch die Ontologie vermag also in einem Handlungsbegriff die o. e. Ebenen zu vereinigen. Ist dem aber so, bedeutet dies allemal, daß es sich hier bloß um eine scheinbare Verlagerung des Akzents vom „Leistungswert" des Begriffs auf den Begriff selbst handeln kann.

Als Ergebnis geht es hauptsächlich um eine Kombinierung von *Radbruch*scher und *Maihofer*scher Auffassung, wo die Handlung „im allgemeinen Sinne" einerseits die „Hauptfunktionen" im Verbrechensaufbau als „logisches Grundelement", „systematisches Verbindungselement" und „praktisches Grenzelement" andererseits zu erfüllen hat[338]. Warum es hierbei von keinem kausalen bzw. sozialen Handlungsbegriff die Rede sein kann, ist wiederum insofern gerade belanglos, scil. für die interessierende „Unentbehrlichkeit"[339] des „allgemeinen" Handlungsbegriffs für die Strafrechtslehre: „Ohne eine – wenn vielleicht auch gänzlich unreflektierte – Vorstellung vom Wesen der Handlung kann man weder strafen noch Strafrecht lehren, und man hat das auch nie getan. Denn Strafe ist ja immer auf menschliches Handeln bezogen, sie ist eine Reaktion auf menschliches Handeln (...). Verzichtet man darauf, dieses Phänomen ‚Handlung' ausdrücklich nach seinem Wesen zu befragen, so bleibt mithin etwas für das Strafrecht ganz Grundlegendes ungefragt".[340] Abgesehen davon, daß es im o. e. Kontext keine beabsichtigte spezifisch philosophische Problemstellung sein kann, da die Strafrechtsphilosophie, im Unterschied zur Strafrechtswissenschaft, an das Phänomen der Strafe selbst zweifeln kann bzw. zweifeln muß, sprechen diese Argumente in der Tat für eine „allgemeine" Handlungslehre, aber nur noch im Vergleich zu einer positivrechtlichen Betrachtungsweise. In diesem Sinne ist vor allem die *Radbruch*sche These, auf die sich *Arth. Kaufmann* im Rahmen der gegebenen Argumentation beruft[341], die vollständige Bestimmung eines Begriffs bedürfe außer der differentia specifica auch des genus proximum, ebenso berechtigt. Muß denn aber die Reaktion selbst nichts zum Wesen der Handlung im allgemeinen Sinne beitragen?

Aus der Perspektive eines kausalen Handlungsbegriffs oder auch eines individualpsychischen „Sinndeutungsmaßstabs" des Finalismus ist zwar eine solche Entwicklungstendenz überhaupt nicht thematisierbar, anders verhält es sich aber mit dem sozialen Handlungsbegriff. Der *Maihofer*sche Ansatz, die Handlung sei im Hinblick auf ihre „soziale Sinn-

[337] Ibid., S. 28.
[338] Ibid., S. 27, 34 f.
[339] Ibid., S. 27.
[340] Ibid., S. 28.
[341] Ibid., S. 27.

haftigkeit“ stets ein Geschehen „zwischen Menschen“ mit „Folgen für andere“[342], deckt nämlich, wenn auch noch überwiegend relativ, die Aktualität einer funktional maßgeblichen Sinndeutung auf: Es indiziert die Ebene der sozialen Interaktion. Nur, wie bereits gezeigt, kommt es bei *Maihofer* selbst – und in der sozialen Handlungslehre im allgemeinen – gerade zu keiner adäquaten Entfaltung des gegebenen Ansatzes. Wäre dies anders, dürfte es in erster Linie überhaupt nicht auf die o. e. subsidiäre Charakteristika der „Handlung“ im Verbrechenssystem ankommen; vielmehr reduziert sich die aktuelle Auffassung darauf, was *Arth. Kaufmann* der sozialen Handlungslehre hier entgegenhält, scil. auf eine bloße „Bedeutung auch für die Mitwelt“[343], und dies wiederum nimmt seinen Ursprung in der Konzeption *Welzels* als Begriff der Sozialadäquanz. Die ontologische Sichtweise, sei es *Welzel*scher Ausprägung, erweitert in dieser Hinsicht oder durch die bereits angedeutete „Komplexität“ des menschlichen Seins bestimmt, weist dabei keine weitere Differenzierungsmöglichkeit auf, denn die soziale Interaktion resp. die Rechtsbeziehung ist überhaupt nicht bloß „an sich“ bzw. als „Sein des Seienden“[344] erfaßbar, sondern überdauert in ihrer Kontinuität gerade alles, was ontologisch gegeben sein kann, sei es nun pure, final überformte Kausalität, Finalität per se oder im gleichen Maße jeder pseudosoziale Notnagel.

2. 2. RECHTSBEZIEHUNG – INSTITUTIONELL KOMPETENTE INTERAKTION

Kausalismus bzw. Finalismus scheitert gewiß nicht daran, daß hier ontologisch nichts zum Vorschein käme, und insofern ist *Arth. Kaufmann* völlig zuzustimmen; es kommt aber darauf an, daß weder kausale noch finale Handlungslehre das Phänomen der Re(-)aktion resp. „Nicht-Re(-)aktion“ nicht zu problematisieren vermag. So ist ja e. c. Strafe „eine Reaktion auf menschliches Handeln“, nur kann auf der naturalistischen Ebene, wo kausal bzw. final agiert wird, durch keine Strafe *re*agiert werden, i. e. zumindest hier wird „kausal“ bzw. „final“ *nicht interagiert*[345]. Demnach kommt nicht von ungefähr nur noch die soziale Sinndeutung in Frage: *Interaktionspartner können nicht nicht interagieren*[346]. Glaubt man aber auch in diesem Sinne direkt oder indirekt ontologisierend vorgehen zu dürfen, so rutscht das Eigentliche hinweg: Wo es „noch nicht um Recht oder Unrecht, Verdienst oder Schuld“ gehen muß[347], kommt es auf keine Reaktion bzw. „Nicht-Reaktion“ selbst an, vielmehr handelt es sich allenfalls um die oben angesprochenen Einseitigkeiten, die das Niveau der sozialen Interaktion eben nicht erreichen. Handlung als bloße, mit welchen auch immer „Bedeutungsgehalten“ aufgeladene „Aktion“, die ihren Bestimmungsgrund nicht aus der Interaktion schöpft, geht am Drehpunkt des sozialen Aspekts vorbei.

[342] *Maihofer,* Der soziale Handlungsbegriff, S. 171 und passim.
[343] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 63.
[344] Ibid., S. 33.
[345] S. hierbei ibid., S. 54 f.
[346] *Watzlawick et al.,* Menschliche Kommunikation, 1990, S. 51.
[347] Ibid., S. 37.

Deshalb unterscheidet sich u. a. die „soziale Individualität", die allemal als Attribut der „menschlichen Personhaftigkeit" darzustellen sein soll[348], von der „puren ichhaften Individualität" hauptsächlich nicht ontologisch etwa durch das „Mitsein mit anderen"[349] o. ä., sondern setzt den Menschen als Interaktionspartner voraus, der als Subjekt diverser sozialer Beziehungen durch entsprechende Pflichten und Rechte[350] konstituiert wird. Bei näherem Hinschauen heißt dies aber nicht zuletzt, daß Personen stets als Subjekte der Rechtsbeziehung bestehen[351], wobei wiederum die Handlung als kein kybernetischer Input des Strafrechtssystems („allgemeine Handlung" im herkömmlichen Sinne) bzw. Verbrechen als kein kybernetischer Output desselben („systemspezifisch attribuierte Handlung") begreifbar sein kann: Hier wie dort geht es vielmehr um die Kontinuität der Rechtsbeziehung, die den Interaktionspartner sowohl vor wie auch nach und wegen des Delikts als Subjekt der Rechtsbeziehung beansprucht.

Im Referenzsystem Strafrecht sind hiermit die Fälle der „Nicht-*Re*aktion", anders als z. B. im Zivilrecht oder Polizeirecht, vom inzidentellen Interesse[352]; sie sind hier nur als *Ausnahmen* möglich, die essentiell bereits deshalb nichts distinktiv Strafrechtliches zum Begriff der Handlung beitragen. Es kommt aber demnach im Strafrecht, ohne daß dadurch die Maßgeblichkeit der Interaktion aufgegeben werden kann, auch auf vieles andere nicht an: Realisierungen oder Nicht-Realisierungen von subjektiven Rechten, Pflichterfüllungen oder Pflichtverletzungen per se liegen eben außerhalb der strafrechtlichen Beziehung. Das Gegenteil wiederum ist möglich nur, indem der Täter für die geschehene Tat *straf*rechtlich *zu verantworten hat*. Anders gewendet, der oben angesprochene Leitpunkt reduziert sich auf den Zusammenhang zwischen der geschehenen Tat und der institutionellen Kontinuität, die ihrerseits zur notwendigen Gestalt der Gesellschaft gehört. Und wenn dies nach dem gegebenen Modus und wenn man das so will, auch im gegebenen Maße auf die Ebene der zivilrechtlichen oder polizeirechtlichen Überlegungen nicht transponierbar ist, so läßt sich das ebensowenig darauf zurückführen, daß es im letzteren Falle im Unterschied zum ersteren nicht um Gesellschaft als Interaktionssystem ginge: Die Interaktion hat in der Rechtsbeziehung kein Gegenteil, denn *Rechtsbeziehung stellt eine institutionell kompetente Interaktion dar*.

2. 3. DER SPEZIFISCH STRAFRECHTLICHE HANDLUNGSBEGRIFF

Wird nun insoweit überhaupt generalisiert, so bedeutet dies, in umgekehrter Reihenfolge, zwar nicht unbedingt, daß schon die Notwendigkeit für eine genuin funktionale Sinn-

[348] Ibid., S. 63.

[349] Ibid..

[350] Vgl. insofern *Jakobs:* Handlungssteuerung, a. a. O., S. 956; Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Aufl., 1997, S. 59 ff; Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: ZStW 117 (2005), S. 257 f.

[351] Vgl. *González-Rivero,* Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre,2001, S. 139 f (Person als „Rechtsverhältnisse").

[352] S. auch die u. a. normativ fundierten Differenzen: *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 37 f, 42.

deutung für das jeweilige Subsystem feststeht, aber auf solche Notwendigkeiten kommt es an dieser Stelle auch nicht an; die Konkretik gehört vielmehr zum Gegenstand des dabei projizierbaren Spezifizierungsbereichs, wo die Konstituierung eines spezifisch zivilrechtlichen, öffentlichrechtlichen, strafrechtlichen Handlungsbegriffs in Frage kommt[353]. Was insofern hingegen zählt, ist die Maßgeblichkeit der Interaktion im allgemeinen und die daraus resultierende, ontologisch wiederum nicht problematisierbare Möglichkeit schlechthin für ein funktionales Sinndeutungsprogramm im Strafrecht. So ist in letzterer Hinsicht der interaktionistische Schuldausgleich als strafrechtliche Reaktion, von der der Inhalt des strafrechtlichen Handlungsbegriffs bereits abhängen kann, eine solche Eventualität einer funktionalen Sinndeutung, wenn es auch e. c. polizeirechtlich nur noch auf eine rein präventive bzw. rein prospektive „Nicht-*Re*aktion" abgestellt werden muß; dabei geht es aber in ersterer Hinsicht, sei es nun polizeirechtlich oder zivilrechtlich, nicht um „Gütersicherung" per se[354], die freilich unverwechselbares Abgrenzungskriterium zum strafrechtlichen Aspekt im o. e. Spezifizierungsbereich bleibt, sondern um unabdingbare Voraussetzungen der Interaktionsmöglichkeiten.

Es wäre u. a. ebenso vergebens anzunehmen, es gäbe hierbei keinen Raum e. c. für die Dereliktion, die eigenhändige Vernichtung des Testaments oder die Aneignung einer herrenlosen Sache[355]: Außerhalb des Interaktionssystems können keine subjektiven Rechte entstehen, untergehen oder realisiert werden, und solange es dabei überhaupt um „Aktionen" oder „Nicht-Aktionen" geht, sind sie durch *gegenseitige* Erwartungen und *gegenseitige* Erwartungserwartungen von Interaktionspartnern[356] im gegebenen Falle mit einer „Nicht-Reaktion" verknüpft und in ihrer Sozialität von ihr abhängig. Strafrechtlich besagt das zwar noch nichts, auf der sozialen Ebene aber, wo das Strafrecht seinen regulativen Beitrag zu leisten hat, ändert sich an der Interaktion nichts weiter als die blanke Form: Strafrechtlich kann die „Nicht-Reaktion" eben keine Grundidee sein; die Aktion hängt hier vielmehr von der spezifischen „Reaktion" ab, die den Agierenden als Interaktionspartner erst überhaupt als Subjekt der strafrechtlichen Beziehung sichtbar macht und umgekehrt. Das Phänomen der Reaktion läßt also in ihrer interaktionistischen Allgemeinheit die Möglichkeit sowohl für eine weitere Differenzierung innerhalb der strafrechtlich interessierenden institutionellen Kontinuität, wie für eine weitere Generalisierung außerhalb des gegebenen Bezugsrahmens, und auf mehr als das kommt es hier auch in dieser Hinsicht nicht an, denn worum es insofern geht, ist kein spezifisch strafrechtlicher, sondern allgemeiner Handlungsbegriff und die Möglichkeit eines spezifisch strafrechtlichen Handlungsbegriffs überhaupt.

---

[353] S. aber *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 37 f.

[354] *Jakobs:* Handlungsbegriff, S. 37 und passim; Schuldprinzip, S. 27.

[355] A. A. *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 45.

[356] Diese komplexe Reziprozität geht aber vor allem auch über einen nur normativen Sinndeutungsmaßstab hinaus, resp. sie ist „nur normativ" nicht auswertbar, obwohl wiederum ohne adäquate Erfassung des letzteren Gesichtspunkts keine funktionale Fortführung möglich sein kann.

Gehandelt, sozial agiert wird hiernach nicht i. S. einer partikularen Aktion, der bloß eine bestimmte soziale „Bedeutung“ bzw. „objektiver Sinn für das soziale Leben“ beigemessen werden kann[357], sondern im Hinblick auf die Reaktion. *Hier* kristallisiert der *spezifisch soziale* Gesichtspunkt, denn Gesellschaft ist „kein *Zustand*, keine ‚Museumswelt‘“[358], sondern *ein kontinuierlicher Prozeß*, der u. a. durch kein deliktisches Verhalten unterbrochen werden kann, scil. bestimmt durch die Spezifika der institutionell kompetenten Interaktion, wo keine beziehunglosen Aktionen resp. Reaktionen möglich sind, sondern es auf die Permanenz des Interagierens im Lichte einer notwendigen Interdependenz zwischen Aktion und Reaktion ankommt: *Ein funktionaler Begriff der Gesellschaft*, was heißt, die Gesellschaft verläuft nicht nur, sondern sie verläuft kontinuierlich.

Was nun daraus folgt, spricht in hier aktueller Hinsicht weder für einen ontologischen Ansatz, sei er „einseitig-final“ oder „komplex-personal“[359], noch für eine positivrechtliche Betrachtungsweise. Entscheidend ist folgendes: Ein allgemeiner Handlungsbegriff muß die komplette Verhaltenstheorie jedes sozialen Subsystems umfassen, nicht bloß als „Aufbauelement“ zum Teil oder komplett „tragen“ können. Denn kein soziales Subsystem baut sich etwa auf die Gesellschaft auf, sondern wird von der Gesellschaft umfaßt. Der genuin allgemeine Handlungsbegriff ist daher nur als *funktionaler Handlungsbegriff* möglich, der seine Funktionalität aus dem Wesenskern des sozialen Aspekts schöpft. Genauer folgt aber daraus, was im Rahmen der hiesigen Auffassung von *Roxin*scher Kritik des Finalismus bereits angedeutet wurde, nämlich daß kein allgemeiner Handlungsbegriff ontologisch möglich sein kann, so wie kein spezifisch strafrechtlicher Handlungsbegriff – positivrechtlich; und zwar deshalb nicht, weil man hierdurch eben den sozialen Blickpunkt nicht auswerten kann, sondern sich auf Zufallsergebnisse verlassen muß. Die dabei auftretenden Unterschiede sind demnach formale Unterschiede. Es handelt sich nur noch um verschiedene Seiten identischer, ihrem Wesen nach eklektischer Vorgehensweise.

2. 4. DUALISMEN

Die Handlung im allgemeinen Sinne muß gemäß den oben dargestellten Ausführungen die Möglichkeit eines spezifisch strafrechtlichen Handlungsbegriffs im Lichte einer genuin sozialen Sinndeutung mitenthalten, der wiederum die Antwort darauf zu liefern hat, worin die komplette Theorie strafbaren Verhaltens besteht und nicht u. a. etwa v. v. ohne Rücksicht auf einen allgemeinen Begriff der Handlung[360]: Im letzteren Falle wäre nämlich Verbrechen als kein Handlungsbegriff möglich, da es selbst, im Unterschied zur

[357] *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 63 f.

[358] *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 186.

[359] Näher 1/IV/3.1 ff.

[360] Hier liegt der Unterschied zwischen einem funktional zu entfaltenden Handlungsbegriff und der Handlungslehre *Bindings* (eingehend zur *Binding*schen Konzeption *Radbruch*, Handlungsbegriff, S. 88 ff); weniger ausgeprägt dürften in dieser Hinsicht die Differenzen zum *Hegel*schen Handlungsbegriff sein (S. *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 44), obwohl sie sich i. S. einer formalbegrifflichen Korrelation zwischen Handlung und Verbrechen ebenso durchaus decken.

Handlung, allemal nur als spezifisch strafrechtlicher Begriff aufgefaßt werden kann, und in dieser Qualität, die es zum Gegenstand der Strafrechtswissenschaft erhebt, bedarf es keiner systemübergreifend funktional unbestimmten Synonyme; vielmehr muß der *strafrechtliche* Handlungsbegriff symbolisieren können, daß es kein isoliert genommenes Strafrechtssystem gibt, resp. daß sich das spezifisch Strafrechtliche nur aus dem spezifisch Sozialen ergibt. Vor allem läßt sich aber dabei der allgemeine Handlungsbegriff selbst als kein Hilfsbegriff im Verbrechensaufbau betrachten, und auf eine Konkretisierung des gegebenen Ergebnisses in ihrem Ansatz kommt es hier vornehmlich an. Die Frage, genauer formuliert, lautet, wo das Prinzip einer vorrechtlich „allgemeinen" Betrachtungsweise in *Arth. Kaufmann*scher Fortführung manche konkrete Antwort schuldig bleibt.

Wonach im Rahmen der aktuellen Konzeption aus der Perspektive nur einer „deskriptiven Sacherklärung, einer Phänomenologie des Wesens der Handlung" gesucht wird, ist „nicht ein Gattungs- oder Klassenbegriff, sondern ein Ordnungs- oder Funktionsbegriff der Handlung", resp. es geht um „einen materiellen Handlungsbegriff", der aber nicht zuletzt in demselben Maße um das Merkmal der „Neutralität" zu ringen hat[361], in dem es auch in den vorangegangenen „allgemeinen" Handlungslehren versucht wurde. Der Handlungsbegriff muß, mit anderen Worten, „einerseits insofern ‚neutral' sein, als er nicht schon spezifisch rechtliche, strafrechtliche Kriterien in sich aufnehmen darf, und er darf andererseits aber auch nicht so neutral (so abstrakt) sein, daß sich mit ihm die verschiedenen rechtlich relevanten Handlungen nicht mehr begreifen lassen".[362] Vor allem das Beispiel des Finalismus zeige, wie der Vorgriff auf ein spezifisch rechtliches oder sogar strafrechtliches Kriterium zu einer Verdoppelung oder Vervielfachung der Handlungsbegriffe führe bzw. zwangsläufig führen müsse[363]. So haben in *Welzels* System in der Tat immer wenigstens zwei Handlungsbegriffe nebeneinander existiert, und zwar als Versuch einer „ontologisch gerechten" Erfassung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit[364], was aber andererseits keineswegs nur bei der finalen Handlungslehre der Fall sei. „Auch gewisse Versionen der sog. sozialen Handlungslehre gelangen mit ihrem Vorgriff auf das Unrecht in eine ähnliche Sackgasse, muß dann ja doch für das rechtmäßige Tun, dem man schwerlich Handlungseigenschaft absprechen kann, ein anderer, abweichender Handlungsbegriff gebildet werden"[365]. Hierbei hat es nämlich auch in der kausalen Handlungslehre niemals weniger als zwei Handlungsbegriffe gegeben, da die Kausalität bekanntlich kein „einheitsstiftendes" Merkmal für Tun und Unterlassen verkörpern kann. Doch worauf weisen alle diese Dualismen in Wahrheit hin?

[361] *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 34 f.
[362] Ibid., S. 38.
[363] Ibid., S. 35 f.
[364] Ibid., S. 36, 41.
[365] Ibid., S. 36.

2. 5. EINHEIT DES HANDLUNGSBEGRIFFS

Geht man davon aus, daß es „keinen eigenen Handlungsbegriff für die Vorsatztat, einen anderen für das Fahrlässigkeitsdelikt und wieder einen anderen für das Unterlassen“[366] geben soll, so ist daran zweifellos nichts Inakzeptables; auch die entsprechenden Handlungslehren selbst haben nur dasselbe beabsichtigt. Nichts ändert sich daran, wenn man auch den sozialen Handlungsbegriff wegen seines Vorgriffs auf das Unrecht anfechtet. So hat es ja *Maihofer* am gründlichsten versucht, jeden Vorgriff auf die Unrechts- bzw. Schuldebene gleichermaßen zu vermeiden, indem *er* seinerseits die naturalistischen Konzeptionen eben in aktueller Hinsicht der schärfsten Kritik unterzieht[367]. Doch auch hier behält *Arth. Kaufmann* recht, wenn *er* sich im Rahmen der o. e. Problemstellung u. a. eben auf den *Maihofer*schen Handlungsbegriff bezieht, wonach sich Handlung (in ihrer „objektiven Finalität“) durch das Moment der „Bewirkung der Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter“ konstituiert[368]. Zwar ist es wiederum, wie bereits gezeigt, ein überwiegend formaler Vorgriff auf das Unrecht[369], aber allemal nichts für die interessierenden Aspekte Gemeinsames. Wegen solcher Diskrepanzen hat jedoch keine Handlungslehre ihr Ausgangskriterium aufgegeben, sondern gerade immer wieder dualisiert, mit Beibehaltung eines formalen Bezugs auf den jeweiligen Ansatz: Die Funktionsfähigkeit des Systems war dadurch nie beeinträchtigt, und auf die Erklärung dessen, „warum es funktioniert“[370], kam es eben nicht an.

Da es hierbei um eine vorrechtlich „allgemeine“ Handlung geht, mag man dies qualitativ als „Zerstörung der Einheit des Handlungsbegriffs“[371] sehen. Mit anderen Worten, „wo man sich – ausdrücklich oder stillschweigend – genötigt sieht, mit mehreren Begriffen der Handlung zu operieren, ist dies ein deutlicher Hinweis darauf, daß die ontologische Struktur der Handlung nicht richtig erfaßt worden ist (die Bewährung im systematischen Zusammenhang als Wahrheitskriterium!)“[372]. Zunächst einmal vermeidet aber die Konzeption *Arth. Kaufmanns* selbst eine solche Desintegrierung des Begriffs nicht, und bereits im Rahmen einer Weiterentwicklung des personalen Ansatzes bei *Roxin* wird dies auf den Punkt gebracht[373]. Wichtiger ist jedoch folgendes: Was *Maihofer* im o. a. Kontext angestrebt hat, war eben die Gewährleistung der Materialität des Handlungsbegriffs. Wenn dies aber mißlingen sollte, so bei weitem nicht deshalb, daß die Leistungskraft des ontologischen Gesichtspunkts diejenige der sozialen Sinndeutung zu übertreffen scheint; vielmehr ist es auf die Tatsache zurückzuführen, daß innerhalb *Radbruch*-

[366] Ibid., S. 38.
[367] 1/III/5.
[368] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 36, 45.
[369] A. A. *Arth. Kaufmann,* Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Neustadt, 1949, S. 119 f.
[370] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 21.
[371] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 38.
[372] Ibid.
[373] *Roxin,* Strafrecht AT I, 2/47.

scher „Allgemeinheit“ des Handlungsbegriffs[374] die Überwindung einer ontologisierenden Sichtweise nicht gelingen konnte. Wo die Grenze zwischen einem vorrechtlich „allgemeinen“ und einem genuin allgemeinen Handlungsbegriff verläuft, ist demnach das Merkmal der Abstraktheit, das u. a. durch keine „Vorgriffe“ auf das Unrecht bzw. Schuld beseitigt werden kann. Doch auch das mag auf sich beruhen. Denn ausschlaggebend ist ohnehin die Frage, ob die Handlung im strafrechtlichen Sinne, solange es um eine metapositivistische Spezifik bzw. eine metapositivistische Allgemeinheit des Begriffs geht, dessen Einheit aufzulösen droht[375]. Daß dem nicht so ist, wurde bereits gezeigt, und die Ausschließung der gegebenen Möglichkeit, ohne daß man sie zuvor überhaupt thematisiert, läßt das Wesentliche zumindest offen: Ist es belanglos, ob die verhaltenstheoretische Spezifik des Verbrechensbegriffs außerhalb des der Handlung bleibt oder um denselben Gesichtspunkt fortzuführen, bildet z. B. Strafe die einzige Art der interaktionistischen Reaktion bzw. muß sich die theoretisch interessierende Spezifik der Strafe außerhalb des letzteren Begriffs entfalten etc.? Aus dieser Perspektive ist weder Aktion von der Reaktion abhängig noch setzt die Reaktion etwas fort resp. erweist sich als gesellschaftlich spezifizierbar. Jede „soziale“ Interaktion ist nach solchem Verständnis inhaltslos und daher theoretisch unmaßgeblich.

2. 6. KOMPLEXITÄT DES SOZIALEN ASPEKTS

Zweifelt man nicht an der Akzeptabilität dieses Ergebnisses, so wird man verführt zu glauben, eine auch theoretisch resultative Einbettung des *Welzel*schen Begriffs der Sozialadäquanz in die Handlungslehre sei ohne Blick auf die genuin soziale Sichtweise erreichbar, und so geschieht dies auch, wenn man mit dem Zurechnungsproblem überhaupt konfrontiert wird, i. e. „*die Handlung ist die erste Stufe der strafrechtlichen Zurechnung.* Es geht dabei (...) nur darum, ob ein bestimmtes menschliches Verhalten als das ‚Werk‘, als ‚eigene Tat‘ dieses Menschen – und nicht bloß als Zufall – angesehen werden kann, als Objektivation seiner Person. Erst wenn feststeht, daß einer ‚gehandelt‘ hat, kann die weitere Frage gestellt werden, ob er recht oder unrecht, verdienstvoll oder schuldhaft gehandelt hat (...). Fehlt es an einer Handlung, dann ist das Strafrecht überhaupt nicht tangiert“[376]. Um es gleich zu betonen: Wieso ist aber das Strafrecht tangiert, wenn eine solche „Handlung“ vorliegt? Strafrechtlich werden nicht ontologisch ubiquitäre Fälle erfaßt, ungeachtet dessen, um welche ontologische Stufe oder um welchen Grad der ontologischen Komplexität es sich dabei handelt. Gewiß wird wiederum die Gesellschaft durch keine „Zufälle“ instrumentell konstruiert, und solange das Strafrecht seinen Beitrag zu dieser metainstrumentellen Konstruktion leisten muß, kann es dem Interaktionspartner „überhaupt“ eben nur „eigene Taten“ zurechnen, doch es ist ebenso evident, daß es keine nur strafrechtlich verfaßte Gesellschaft geben kann. Wenn der (ontologisch oder auf ei-

[374] *Radbruch,* Handlungsbegriff, S. 74.
[375] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 38.
[376] Ibid., S. 37.

ne andere Weise quasisozial „allgemeine“) Handlungsbegriff „die erste Stufe der strafrechtlichen Zurechnung“ ergibt, dann fängt sie bei *jedem* „sozial“ relevanten „menschlichen Verhalten“ an, was nie der Fall ist, da es funktional nicht möglich sein kann. Solche „Handlungen“ weist, mit anderen Worten, die soziale Wirklichkeit nicht auf; es sind schiere didaktische Konstruktionen bzw. abstrakte Gesetzmäßigkeiten. Demnach geht es hier in Wahrheit um keine *strafrechtliche* Zurechnung etwa in ihrer tatbestandslosen Zugehörigkeit des Verhaltens zum „Handelnden“, sondern um ein formal-allgemeines „Zurechnungsmodell“, das die „Objektivation der Person“ als didaktisch ergiebige Aufbauformel nachzuweisen hat: „(...) Im Handlungsbegriff müssen Kriterien der Zurechnung einer Tat zur Person ihres Urhebers in jener *allgemeinen* Form angegeben werden, die es ermöglicht, daran die *besonderen* Zurechnungskriterien der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, des Verdienstes oder der Schuld anzuknüpfen“.[377] Um noch genauer zu sein, es bleibt bei einer bloßen „Zurechenbarkeit“ (ontologisch) fingierten „Verhaltens“[378], die vor allem selbst nicht konkretisiert werden kann. Dies ist insofern möglich. Das Strafrecht erfaßt aber nur einen bestimmten Aspekt des Sozialen, scil. im Lichte der institutionellen Kontinuität, und *in* einem Handlungsbegriff, der die Abstraktifizierung der sozialen und *mithin* der strafrechtlichen Wirklichkeit vermeidet, muß eben beides – also Umfang und Spezifik – sichtbar sein.

In letzterer Hinsicht muß freilich nicht weiter argumentiert werden: Die Inkonsequenzen liegen bereits in der o. e. Möglichkeit selbst, wonach u. a. „nur die Handlung in ihrer vollen Inhaltlichkeit – und nicht ein bloßes Wort wie ‚Verhalten‘ oder ‚Verbrechen‘ – Grundstein des Strafrechtssystems und einheitsstiftendes Medium der Verbrechensarten und Verbrechensmerkmale sein kann“.[379] Wie bereits gesehen, es geht dabei, exakter formuliert, um die *Maihofer*schen Hauptfunktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenssystem, und zwar inkl. der des Grenzelements[380]. Wie immer man es aber auch versuchen mag, daß der Handlungsbegriff seiner „Neutralität“ nicht verlustig geht, weil „dann aus diesem Grunde seinen Funktionen nicht mehr gerecht werden kann“[381], so läßt sich doch jedenfalls nicht bestreiten, daß es im *Verbrechens*system zumindest von keiner „Rechtmäßigkeit“ bzw. keinem „Verdienst“ die Rede sein kann. Ein ontologisch fundierter Handlungsbegriff, muß daher als Grenzelement des Verbrechenssystems allemal versagen resp. zu wenig „leisten“, indem er verbrechenssystematisch überflüssige Momente mit einschließt, wenngleich wiederum das antithetische Extrem – etwa im Rahmen des subjektiven Finalismus[382] – an sich zu überwinden vermag. Doch keinesfalls betrifft das nur die ontologische Sichtweise und den daraus abzuleitenden personalen Ansatz *Arth. Kaufmanns*, sondern im gleichen Maße auch die weitere bzw. *Roxin*sche Version

[377] Ibid., S. 38.
[378] Ibid., S. 48.
[379] Ibid., S. 37.
[380] Ibid., S. 35 und passim.
[381] Ibid., S. 35.
[382] Ibid.

des personalen Handlungsbegriffs[383], und schließlich kommt es hauptsächlich auch nicht darauf an. Der Handlungsbegriff, der die o. e. „Funktionen" selbst nicht zu bezweifeln anstrebt, *stellt auf keine Komplexität des sozialen Aspekts ab*, sondern beschränkt sich allenfalls auf eine instrumentelle „Sozialität", ob nun per se oder nicht, und aus dieser Perspektive sind sie bereits am Beispiel der „Handlung" als Grenzelement des Verbrechenssystems, wie gezeigt, ohnehin niemals konsequent genug realisierbar.

3. HANDLUNGSAUFBAU UND DELIKTSAUFBAU

3. 1. DIE HERKÖMMLICHEN UNIPOLARITÄTEN

Daß sich die Komplexität des sozialen Gesichtspunkts und die des ontologischen entgegensetzen lassen, beschränkt sich nicht auf die oben gewonnenen Ergebnisse. Eine Konkretisierung der *Arth. Kaufmann*schen Betrachtungsweise zeigt dies deutlich auf. Es geht aber dabei im wesentlichen um weniger als das, und zwar darum, daß „ontologisch inhaltserfüllt" noch bei weitem nicht als u. a. „sozial" inhalts- und damit sinnerfüllt hingestellt werden kann. Wenn die gegebene Lehre den Anspruch erhebt, etwa auch bis zum Kern der sozialen Sinndeutung vorzudringen[384], so kann dieser Versuch mit der Entfaltung des ontologischen Ansatzes selbst wenig zu tun haben. Zwar wird in der Konzeption einer „ontologisch komplexen" Erfassung des Handlungsbegriffs bei *Arth. Kaufmann* die ontologische Sichtweise bis in ihre äußerste Konsequenz durchgeführt, so wie e. c. der objektiv-finale Ansatz bei *Maihofer*[385] (im letzteren Falle also isolierend auf das Merkmal der Geistigkeit abgestellt, im ersteren – komplex auf dasjenige der ontologischen Spezifik), hiermit aber die Begrenztheit dieser Verfahrensweise auf den äußerlichen Aspekt des Problems zwangsläufig hervorgehoben: Es kommt eben zu keiner Vermeidung von kontingenten Ergebnissen. Mit anderen Worten, es wäre verfehlt anzunehmen, das Prinzip der ontologischen Komplexität die o. a. Unzulänglichkeiten der jeweiligen Handlungslehre beseitige; vielmehr wird die Aufgabe hier gerade erschwert, indem man bereits mit vollem Spektrum von in den einzelnen Handlungslehren auftretenden ganz konkreten Unipolaritäten konfrontiert wird, und zwar mit derselben Intensität, mit der diese Lehren damit zu kämpfen hatten. So muß hiernach nämlich jede Unterlassung auch als „ein Geschehen in der kausalen Körperwelt" oder jede Fahrlässigkeit auch als „finales Handeln"[386] mit begründet werden.

3. 2. ONTOLOGISCHE STUFEN DES HANDLUNGSBEGRIFFS

Prinzipiell kommt es hier jedoch auf die „Einseitigkeiten" der naturalistischen, scil. einschließlich des *Kollmann-Tesar*schen Symptomatismus[387], und normativen Handlungs-

[383] S. insoweit *Roxin*, Strafrecht AT I, 2/50 ff.
[384] *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 41 ff.
[385] Ibid., S. 44.
[386] Ibid., S. 50, 56.
[387] Ibid., S. 39.

begriffe i. S. des *Arth. Kaufmann*schen Komplexitätsprinzips an. „Wenn auch keine Handlungslehre sich auf einen einzigen Aspekt der menschlichen Handlung beschränkt, so wird doch jeweils ein ganz bestimmter Aspekt – Kausalität, Finalität, psychische Beschaffenheit oder soziale Sinnhaftigkeit – in den Vordergrund gestellt und allen anderen Kriterien übergeordnet, zum Teil so sehr, daß diese jede selbständige Bedeutung verlieren (...)“[388]. Ob man sich dennoch z. B. auf ein „ausschließlich“ kausales Handlungskonzept bezieht oder doch im Merkmal der „Willkürlichkeit“ nach den „finalen Elementen“ sucht[389], läßt sich allemal behaupten, daß ein kausaler Handlungsbegriff „infolge seiner Abstraktheit ins Uferlose weist (...). Er wird weder der Vorsatztat noch dem Fahrlässigkeitsdelikt noch dem Versuch gerecht, von den Schwierigkeiten bei der Erfassung der Unterlassung ganz zu schweigen“[390]. Daher muß auch am Grundsatz per se, nach dem auf der niedrigsten ontologischen Stufe – mit welchen formalen Supplementierungen auch immer – entfalteter Handlungsbegriff „keine spezifisch menschliche Verhaltensweise“ zu beschreiben vermag[391], gerade nichts auszusetzen sein. Die Frage, inwieweit sich dies bereits in bezug auf den Finalismus ändere, läßt sich hier freilich nicht ohne weiteres mit derselben Eindeutigkeit beantworten.

Es kommt auf grundsätzlich unterschiedliche Entwicklungstendenzen an. Daß sich die Handlungslehre *Welzels* im allgemeinen eben im o. e. Kontext vom Kausalismus trennt, wird auch nach *Arth. Kaufmann* kaum bezweifelt, vielmehr geht es insofern überhaupt darum, daß sie „nur eine ausgezeichnete Form der menschlichen Handlung“ (bzw. das vorsätzliche aktive Tun) erfaßt[392], denn „der Mensch handelt keineswegs immer oder auch nur in der Regel so, daß er die Ziele seines Handelns bewußt antizipiert, daß er alsdann die zur Erreichung dieser Ziele erforderlichen Mittel bewußt auswählt und daß er schließlich die seligierten Mittel bewußt auf das antizipierte Ziel steuert“[393]. Der Handlungsbegriff wird dabei gleichermaßen auf das „Unterbewußte“ (so *Arth. Kaufmann*)[394] bzw. das „Bewußtseinsfähige“ als spezifische Art des Unbewußten erstreckt, der hiermit vom „schlechthin Unbewußten, dem Außerbewußten“ als ein „Spezifikum des Menschen“ (u. a. innerhalb des Handlungsbegriffs) differenzierbar sein soll[395]: „Es ist (...) gänzlich verfehlt, nur solche Vorgänge, die dem bewußten Willen entspringen, als Äußerungen der Personhaftigkeit, der Geistigkeit des Menschen anzuerkennen und alles, was nicht aus dem bewußten Willen hervorgeht, als apersonal, als ungeistig, als untermenschlich

[388] Ibid., S. 40.
[389] Ibid.
[390] Ibid., S. 40 f.
[391] Ibid., S. 41.
[392] Ibid., S. 41, 56 und passim.
[393] Ibid., S. 41.
[394] Ibid., S. 58.
[395] Ibid., S. 58, 61.

abzustempeln.“[396] Dieses Monitum, das in seiner Allgemeinheit eigentlich nur noch dem Intellektualismus gemacht werden kann, richtet sich gegen die Strafrechtslehre *Welzels* nicht weiter als in dem Maße, in dem *er* die Problematik des Unbewußten „unter Schuld-, statt unter Handlungsgesichtspunkten“ behandelt, und durch diesen Aspekt gewinnt man hier theoretisch eben nichts, vielmehr legt man lediglich rein didaktische Paradoxien bloß, wo „nur bewußte Handlungen“ und „unbewußte Schuld“ in ein und dasselbe System einzuordnen sind[397]. Doch was hat nun dies alles mit dem finalen Ansatz zu tun?

Nach *Arth. Kaufmann* liegt hier einerseits die Unzulänglichkeit der finalen Handlungslehre „wesentlich darin, daß sie die zielsteuernde Kraft, die finale Funktion des Unterbewußten verkennt, sie verwechselt potentielles Bewußtsein mit potentieller Finalität. Bei den vom Unterbewußten gelenkten Kausalvorgängen handelt es sich nicht nur um mögliche, sondern um wirkliche, der geistig-seelischen Personschicht des Menschen entstammende Finalität (...)“[398]. So schwerwiegend ist aber dieser Angriff auf die finale Handlungslehre bei weitem nicht; im Gegenteil: ein solcher Gesichtspunkt, wiewohl vom Finalismus selbst bestritten[399], stellt ja nichts anderes dar als die Erweiterung des Finalitätsbegriffs, und zwar solange diese Erweiterung selbst überhaupt etwas zur Konstituierung des Handlungsbegriffs beitragen soll, erfolgt jede interessierende Entwicklung innerhalb des Merkmals der Finalität resp. des von *Welzel* im Handlungsbegriff als zentral aufgestellten Maßstabs. Es weist, genauer gesagt, auf die „Unentbehrlichkeit“ des finalen Ansatzes per se auch im Falle des fahrlässigen Delikts und damit des problematischsten Kapitels des Finalismus hin. Widrigenfalls sollte wiederum auch der Grundsatz der ontologischen Komplexität bereits rein logisch versagen.

Um so tiefgreifender ist jedoch die weitere, aus dem gegebenen Grundsatz ebenso logisch erzwungene Amplifizierung des Finalitätsbegriffs, wobei es nämlich eben bei keinem Ubiquitätsvorwurf aus der Perspektive der sozialen Handlungslehre bleibt; vielmehr müssen hiernach „Zweckläufigkeiten, gesteuertes Kausalgeschehen auf ein Ziel hin“ zudem im Bereich der „ungeistigen“ bzw. überhaupt der „rein organischen Natur“ nachzuweisen sein[400]. Diese „aus dem Organischen und Animalischen herrührende Finalität“ führt nun hier auch die o. e. Erfassung „nur einer ausgezeichneten Form“ des spezifisch menschlichen Verhaltens auf die Kosten zurück, die nur als Hinauswachsen der finalen Handlungslehre über den eigenen Maßstab aufgefaßt werden können. Das Merkmal der Finalität selbst als „ontologischer Baustein“ des Handlungsbegriffs, und zwar i. S. „der Vielfalt menschlichen Handelns“, kennzeichnet hiernach, mit anderen Worten, nicht das „spezifisch Menschliche“ bei den vom Handlungsbegriff umfaßten Verhaltensweisen. Folgt man aber dem *Arth. Kaufmann*schen Begriff der „Natur-Finalität“ etwa in ihrer

[396] Ibid., S. 59.
[397] Ibid., S. 57 ff.
[398] Ibid., S. 60.
[399] S. insbes. *Stratenwerth,* Unbewußte Finalität?, a. a. O., S. 291 f und passim.
[400] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 54 f.

„entelechialen“ Determinationsform[401], im Gegensatz zum Finalitätsbegriff *Hartmanns* in dieser konkreten Hinsicht[402], so kann im Endergebnis auch keine „final nicht überformte“ Kausalität möglich sein: Jeder naturalistische Effekt läßt sich als „ein bestimmter Endzustand“, als „ein Ziel“ auch auf der niedrigsten ontologischen Stufe betrachten, solange es dabei auf das „Wesen der Steuerung“ nicht ankommen soll. Wie dem aber auch immer sei, so ist es u. a. allemal offensichtlich, daß sich die Entwicklungstendenzen des finalen Ansatzes aus der Perspektive einer ontologischen und einer sozialen Sichtweise einander nicht ergänzen können.

Ebenso evident ist es wiederum, daß sich der Ausgangspunkt der symptomatischen Handlungslehre in seiner freilich gleichermaßen naturalistischen Beschaffenheit insofern zu keinem Maße mit dem des Finalismus ontologisch parallelisieren läßt, abgesehen von den formalen Gemeinsamkeiten beschränkt auf ihre „ontologische Einseitigkeit“. Eben daher muß aber auch hier als Maßstab dieselbe dualistische Formel dienen, die nur noch naturalistisch „fortgeführte“ Finalität doch noch als konstitutives Handlungselement herausstellt, d. h. zwar „kann man die Handlung nicht nur von Bewußtseinsvorstellungen und Gefühlsabläufen her begreifen und alle äußeren Akte einzig als Symptome dieser inneren Vorgänge erklären. Deswegen ist es aber doch auch nicht so, daß das Bewußtsein und vor allem auch die unterhalb des hellen Bewußtseins liegenden seelischen Schichten mit dem Handlungsproblem nichts zu tun hätten“[403]. Die „Vorteile“ des Symptomatismus innerhalb des Spektrums von naturalistischen Konzeptionen generell bleiben dabei auf die „höhere“ ontologische Wertigkeit an sich reduziert.

Schließlich markiert hierbei die unmittelbare Abstellung auf das Merkmal der Geistigkeit als „das Spezifikum menschlichen Handelns“, wie bereits hingewiesen, die absolute oberste Grenze jeder ontologisch möglichen Vorgehensweise. „Aber da der Mensch ja nicht reiner Geist, sondern zugleich ‚natürliches‘, körperhaftes Wesen ist, so muß doch auch bei der menschlichen Handlung die ‚soziale Sinnhaftigkeit‘ einem – sit venia verbo – körperhaften Träger gleichsam ‚aufgeladen‘ sein, denn Geist oder Sinn im status purus kommen in unserer Welt nicht vor“[404]. Genauer lautet dies – scil. im Rahmen einer Auseinandersetzung mit dem sozialen Handlungsbegriff *Maihofers* – folgendes: „Gewiß ist menschliches Handeln eine geistige Leistung, aber ist es nicht auch ein Geschehen in der Welt des Körperlichen und des Seelischen? Kann die Befreiung vom Kausaldogma bedeuten, daß wir die Kausalität als eine quantité négligeable einfach beiseite schieben dürfen?[405] Und geht es an, das Wesen der Handlung gar unter Verzicht auf das Willenselement zu bestimmen? Ist es doch gerade der Wille, der den Menschen befähigt, handelnd

[401] Ibid., S. 46, 54.

[402] *N. Hartmann,* Neue Wege der Ontologie, S. 104.

[403] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 43.

[404] Ibid.

[405] S. zur Distanzierung der Kausalität von Rechtswidrigkeits- und Schuldsphären *Spendel,* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: FS Schmidt, 1961, S. 186; vgl. *Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten , S. 82.

sein Dasein zu gestalten und sich so als Person zu verwirklichen“[406]. Dasselbe betrifft schließlich, wie gezeigt, die „Finalität“, genaugenommen in ihrer Zugehörigkeit zur Ebene des „Vitalen“[407].

3. 3. NOTWENDIGKEIT DER UMDEFINIERUNG DER SOZIALITÄT

Ob nun e. c. der Körper mit*handelt* oder nicht, kann aber dabei gerade noch nicht bahnbrechend sein. Was man hier also vermißt, ist nicht die Hypothese einer „ontologischen Komplexität“ menschlichen Handelns; vielmehr ist es die theoretisch aktuelle Reichweite des sozialen Aspekts, der die ontologische Sichtweise nun einmal nicht gerecht werden kann. Menschen handeln nämlich auch *als Subjekte der Rechtsbeziehung*, und zwar in dem Sinne, in dem sie das soziale Leben gestalten. Nur hat das wiederum wenig zu tun mit der „rechtlich-sozialen Sinnhaftigkeit der Willensbetätigung“ etwa i. S. einer instrumentell-konstruktivistischen „Bezogenheit des Handlungsbegriffs auf die Ebene des Unrechts“ einerseits, doch ebensowenig mit ontologischen Bedenken bezüglich der daraus notwendigerweise resultierenden formalen Inkonsequenzen[408] andererseits. Denn hier wie dort bleibt der Handlungsbegriff (rechtlich) unspezifizierbar, er wird nur noch systemspezifisch attribuiert. Deshalb sieht man sich auch gezwungen von einem Verständnis von Gesellschaft auszugehen, nach welchem es sie, so will es scheinen, niemals gegeben hat; resp. die Gesellschaft findet insofern rechtlich und/oder auf eine andere Weise kaum statt, sondern wird den entsprechenden Systemen als schiere Abstraktion vorgelagert.

Um dasselbe genauer zu formulieren: Es sind hier keine sozialen Subsysteme möglich, die Rechtsbeziehung – als kein soziales Phänomen thematisierbar. „Die Welt des sozialen Lebens“ umfaßt demnach diejenige des Rechts nicht, und das Rechtssystem trägt wiederum nichts zur Konstruierung der Gesellschaft bei, denn diese Funktion des Rechts hängt allemal von der Möglichkeit jener der Gesellschaft ab. Was jedoch das Gegenteil anbelangt, geht es in beiden diesen Hinsichten nicht einmal um Eventualitäten, sondern um das Selbstverständliche: Nirgendwo anders, wenn nicht *in* der Gesellschaft, erfolgt die Rechtsverwirklichung, und die Gesellschaft als Ergebnis eines *Konstruierens* wird gerade auf *Recht*snormen angewiesen. Erst ein genuin soziales Verständnis von Gesellschaft ist wiederum das Schlüsselmoment, das schon auf dieser Ebene (für jede metainstrumentelle Handlungslehre gleichermaßen) unerwünschte Relativierungen zu vermeiden verhilft.

Man könnte freilich darauf insistieren, hiermit wäre gegen die Leistungsfähigkeit des ontologischen Ansatzes noch nichts bewiesen, indem man versucht, jede auch tunlichst umfassende Entwicklung des sozialen Aspekts innerhalb des ontologischen „Komplexitäts-

[406] Ibid., S. 44.
[407] Ibid., S. 49.
[408] Ibid., S. 39, 45.

prinzips“ vorzunehmen. Doch der Schein trügt. Im Rahmen einer genuin sozialen Sinndeutung kommt es primär überhaupt darauf an, *warum* es in einer Gesellschaft u. a. ein Rechtssystem geben muß, und das ist bereits von vornherein keine ontologisch mögliche Problemstellung. Hierbei hat in einer ontologisch oder nicht-ontologisch: e. c. etwa „rein“ normativ – wie darauf am Beispiel *Roxin*scher Konzeption noch zurückzukommen sein wird – „personalen“ Handlungslehre das genuin Soziale ohnehin keinen Platz, dessen Leitprogramm erst als ein *interpersonales* Leitprogramm erfaßbar sein kann. Gewiß mag auch eine ontologische Konzeption das Interpersonale *an sich* thematisieren – indem sie die Einbeziehung des „gesellschaftlich“ Relevanten anstrebt –, wie dies ja bei der *Arth. Kaufmann*schen Auffassung eben der Fall ist und wie seinerseits der Finalismus diesmal die Ebene des Personalen erschlossen zu haben beanspruchte. Darum geht es nicht, sondern um den Inhaltsaspekt jenseits formaler Erscheinungen, dem also die Suche nach dem (spezifisch) Gesellschaftstheoretischen gerade gilt: (Einzig) im Rahmen eines genuin sozialen Sinndeutungsprogramms muß und kann *das Personale als Derivat des Interpersonalen* konzeptualisierbar sein.

Weil gesellschaftstheoretisch Rechte und Pflichten nichts zum Begriff der Person Hinzukommendes darstellen, kann es genuin sozial keine *vor* dem Interpersonalen erfaßte Personalität überhaupt geben. Leistet nun die Interpersonalität nicht soviel, so belegt dies nur, daß man es allenfalls mit gesellschaftsähnlichen Bemühungen zu tun hat, und zwar schon ohne Rücksicht darauf, in welchem von beiden Momenten sich der Schwerpunkt rein äußerlich kristallisieren sollte. Jedes ontologische Handlungskonzept richtet sich, mit anderen Worten, gegen das Herzstück einer genuin sozialen Betrachtungsweise, indem es bei der Erfassung des „Personalen“ die „Interpersonalität“ niemals als Ausgangspunkt vorauszusetzen vermag, sondern wenn überhaupt, sie erst am Rande ontologisch denkbarer Stoffsammlung auswerten will. Man mag hier schon über eine Umkehrung des leitenden Gesichtspunkts sprechen. Gleichwohl ist es nur eine Seite der Medaille.

Sieht man genauer hin, so muß man konstatieren, daß sich hier auch keine nur formalen Parallelen aufgewiesen werden können. Wenn die soziale Handlungslehre bereits rein ontologisch anfechtbar zu sein scheint, so kann das zwar gerade nicht am Merkmal der Sozialität selbst liegen, wohl aber an Abstraktifizierungen durch den „sozialen“ Handlungsbegriff, die innerhalb des gegebenen Merkmals als ontologisch korrekt aufgefaßt werden. Die daraus resultierende Realität ist folgende: *Arth. Kaufmann* schafft das gesellschaftlich Relevante als „exklusive“ Leitlinie ab und stellt es in die gleiche Reihe mit Naturalismen. Als Hauptmaßstab bietet sich die „ontologische Einheit“ von naturalistischen und „sozialer“ Sichtweisen an, was aber nur als Unterschätzung der gesellschaftstheoretischen Konkretion der Handlung betrachtet werden kann: Beim Grundsatz der Sozialität soll es nicht auf eine nackte lineare „Sinnhaftigkeit“, sondern auf das Phänomen des Interagierens ankommen. Demnach umfassen u. a. die Körperaktivität oder die finale Lenkung der Kausalprozesse keine unter Handlungsgesichtspunkten unabhängige vom

sozialen Aspekt Bedeutung, sondern sind hier überhaupt nur innerhalb des sozial Relevanten aktuell bzw. *als Naturalismen unmaßgeblich*; denn anders findet auch gar keine (die Gesellschaft konstituierende) Interaktion statt resp. sind Menschen als keine Subjekte der Rechtsbeziehung denkbar, obwohl es dabei gerade um das spezifisch Soziale gehen muß. Erschöpft sich also der soziale Aspekt nur im Merkmal der Geistigkeit bzw. bloßen „Sinnhaftigkeit", selbst keine entsprechenden „substantiellen Kriterien" aufweisend, so kann eine solche Auffassung vom Sozialen den rechtlich relevanten Gesichtspunkt niemals vollständig umfassen. Was den auf einen naturalistischen Ansatz gegründeten Handlungslehren zum Vorwurf gemacht werden kann, scheint deshalb auch hinsichtlich einer sozialen Betrachtungsweise zu wirken[409], doch kaum mit vertretbarer Aussicht, da wie es einerseits ein Rechtssystem in keinem Maße außerhalb der Gesellschaft gibt, so kommt andererseits die rechtliche Relevanz nicht etwa den inhaltsbeliebig fingierten „geistig-sinnhaften" Nominalismen zu.

Worauf es demzufolge ankommt, ist eine in doppelter Hinsicht grundsätzliche Umdefinierung des Sozialitätsbegriffs, nicht die Ontologisierung der ganzen Problematik. Freilich soll es hier nicht das übrige Mal von einem prioritären Stellenwert des sozialen Ansatzes gegenüber dem ontologischen die Rede sein; entscheidend ist im gegebenen Kontext die Tatsache, daß sich die genuin soziale Sinndeutung und die ganze ontologische Methodik allemal nur als konkurrierende Sichtweisen begreifen lassen. Das, was durch den ontologischen Gesichtspunkt umfaßt werden kann, ist allenfalls das quasisoziale Abstraktum, *dessen* Bedeutung für den Handlungsbegriff die von – ontologisch miterfaßbaren – Naturalismen nur noch quantitativ übertrifft.

3. 4. DER ONTOLOGISCHE KNOTEN

Die Disparitäten zwischen einem ontologisch möglichen und einem genuin sozialen Gedankengang hinsichtlich der Materialität des Handlungsbegriffs gehen auch über den o. a. Kontext hinaus. Die Blickrichtung der Konzeption *Arth. Kaufmanns* interessiert nicht nur im Vergleich mit dem sozialen Ansatz an sich. Es kommt vielmehr auf einen gesellschaftlich aktuellen konkreten Inhalt an, der u. a. nicht durch eine ontologische Auseinandersetzung mit dem Kausalismus oder Finalismus und sich daraus ergebende Weiterführung der naturalistischen Postulate erreichbar ist. Wie bereits erwähnt: Die Unzulänglichkeiten der einzelnen naturalistischen Handlungslehren bleiben dabei unlösbar, da sie gerade spezifisch ontologischer Natur sind.

Am Beispiel des in dieser Hinsicht zentralen Ergebnisses im Rahmen der interessierenden Auffassung läßt sich das am deutlichsten verfolgen, denn danach erfaßt „jede dieser Handlungslehren einen richtigen Aspekt der menschlichen Handlung, aber eben auch nur einen Aspekt und nicht das Ganze. So wie das menschliche Sein mehrschichtig ist, zusammengefügt aus den vier Bausteinen: Materie, Leben, Seele und Geist, so weist auch

[409] Ibid., S. 40, 43 f, 50 und passim.

die menschliche Handlung ganz entsprechend vier Elemente auf: Kausalität, Finalität, psychische Prägung und geistige Sinnhaftigkeit. Eine Handlungslehre, die der ontologischen Struktur der menschlichen Handlung gerecht werden will, muß daher diese vier Elemente angemessen berücksichtigen“[410]. Aus einem Verkennen der „ontologischen Schichtungsgesetze“ bzw. „Stufenordnung des Seins“ ergebe sich dabei „die unzulässige Verallgemeinerung eines für ein bestimmtes Gegenstandsgebiet zutreffend erfaßten Prinzips“, sei es nun im gegebenen Falle Kausalismus oder Finalismus[411].

Hier offenbart sich nun, wie bereits kurz angesprochen, dasselbe irreversible Mißverhältnis jeder „ontologisch komplexen“ Betrachtungsweise, dem sowohl kausale als auch finale Handlungslehre in ihrer ontologischen „Einseitigkeit“ ausgesetzt waren[412]. Nur geht es dabei weder darum, daß die entsprechenden Ansätze etwa nichts mit dem jeweiligen Aspekt menschlichen Seins zu tun hätten, noch darum, daß sich in gegebenen Merkmalen die Realität der handlungsbegrifflich aktuellen Verhaltensweisen nicht erschöpfe. Doch beiderseits muß man generalisieren: Ob im Moment der Kausalität bzw. Finalität das („gesamte“) Wesen des Handlungsbegriffs oder bloß ein *konstitutives* Handlungselement gesucht wird, kann es sonach jedenfalls weder „nicht-kausale“ noch „nicht-finale“ Verhaltensweisen innerhalb des Begriffs geben. Auf die darin in beiden Fällen enthaltenen „Vorgriffe“ auf die Ebene des Unrechts läßt sich wiederum kein Interesse lenken[413]; in Frage kommt das Essentielle schlechthin.

Eine konstitutive Bedeutung der Kausalität für den „Handlungsbegriff“ kann man im Falle der Erfolgsdelikte ganz gewiß auch ohne jeden Rekurs auf das ontologische Komplexitätsprinzip herausfiltern; der gegebene Grundsatz selbst verhilft zu demselben Ergebnis auch hinsichtlich der schlichten Tätigkeitsdelikte, und es läßt sich anhand des gleichen Bezugsrahmens im Falle des Versuchs ebenso erklärterweise behaupten, Handeln sei u. a. „ein Geschehen in der kausalen Körperwelt“: Vom „Anfang der Ausführung“ kann mit Ignorierung kausal-„natürlicher Auffassung“ und damit also „objektiver Betrachtungsweise“ (etwa nur subjektiv-final) nicht die Rede sein[414]. Wo hingegen die ontologischen Komplementierungen des Kausalitätsmoments in keinem Maße zu einer gewünschten Lösung führen, ist das Unterlassungsproblem, da dabei keine wie auch immer zu „komplementierende“ Kausalität vorhanden bleibt. Hier geht es, mit anderen Worten, bereits nicht um eine fehlende Vielfalt von ontologischen Akzenten in der kausalen Handlungslehre, sondern um eine keineswegs aussichtsvolle methodologische Abhängigkeit *Arth. Kaufmann*scher Auffassung von einer typisch kausalistischen Argumentation. Demnach ist es auch kein Zufall, daß sich hierbei die grundsätzlichen Befunde in beiden Fällen schwer auseinanderhalten lassen.

[410] Ibid., S. 45.
[411] Ibid., S. 46 f.
[412] Ibid., S. 42 und passim.
[413] S. hierzu *Roxin,* Strafrecht AT I, 8/47.
[414] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 50, 64 f.

So bleibt auch im letzteren Falle jede Unterlassung „kausal" identifizierbar, „nur darf man den Kausalvorgang, um den es dabei geht, nicht beim Unterlassenden selbst suchen"[415], resp. der Begriff der Kausalität soll nicht „sensu proprio", sondern „analog" zu verstehen sein[416] etc. Will man aber die Kausalität eben im „eigentlichen Sinne"[417] (also als „Kategorie des physischen Seins") insofern nun einmal aufgeben und so den Unterlassenden als „Urheber" eines realen Geschehens" begreifen[418], so beugt man sich dadurch in dieser konkreten Hinsicht nur der Wirklichkeit, wie es auch in der kausalen Handlungslehre durch die Bezugnahme auf das Merkmal der „gesollten Handlungserwartung"[419] schon versucht wurde[420]. Nur ist es dann in seiner Allgemeinheit weder die Ebene der „Natur" noch diejenige der „Zuordnung" noch ebensowenig diejenige der „ontologischen Komplexität". Genauer gesagt, hier ist keine Generalisierung möglich. Etwa die bereits finalistische Positivierung, der Mensch nehme beim Tun wie beim Unterlassen einen Kausalprozeß in seinen Dienst[421], bleibt sonach nur noch didaktisch präjudiziert. Zu den ähnlichen Ergebnissen gelangt man im Falle *Arth. Kaufmannscher* Extendierung des Finalitätsbegriffs (wenn auch in eine entgegengesetzte Richtung) am Beispiel der Fahrlässigkeit, da einer dermaßen naturalisierten Finalität eben keine rechtliche Bedeutung, sei es nun bloß ordnungstechnischer Ausprägung, beigemessen werden kann.

3. 5. ZUR KONKRETISIERUNG DER MATERIALITÄT

3. 5. 1. MATERIELLE INTERDEPENDENZ

Die Ursache ähnlicher am stärksten ausgeprägten Diskrepanzen liegt nicht auf der Oberfläche des Handlungsproblems, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Keine Handlungslehre vermag das isoliert genommene Unterlassen bzw. die isoliert genommene Fahrlässigkeit zu begründen, denn so genommen gibt es sie auch gar nicht, i. e. es gibt keine „Unterlassung" an sich bzw. keine „Fahrlässigkeit" an sich, sondern nur i. S. einer materiellen Einheit mit allen weiteren strafrechtlich relevanten „Verhaltensweisen": Die ersteren Begriffe überschneiden sich allemal mit den letzteren, sie sind voneinander niemals inhaltlich getrennt, sondern müssen sich in jedem Handlungsbegriff qualitativ ergänzen[422]. Erreichbar ist das freilich nur im Rahmen einer genuin sozialen Betrachtungs-

[415] Ibid., S. 52.
[416] Ibid..
[417] S. *Radbruch,* Handlungsbegriff, S. 132.
[418] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a.a. O., S. 51 f.
[419] Fn. 83.
[420] A. A. *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 50 f.
[421] Ibid., S. 53.
[422] Es gibt wiederum kein nur rudimentäres Versagen des Kriteriums, da es keine isoliert genommenen Verhaltensgestalten gibt. *Der Prozeß der Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs ist der Prozeß der Suche nach einem widerspruchsfrei generalisierbaren Kriterium für die positivrechtlich vorgegebenen Verhaltensgestalten.* Und das ist im Kern didaktische Aufgabe, um die es hier nicht geht.

weise[423], wobei es wiederum noch bei weitem nicht um die Konsequenz geht, ob der strafrechtliche Handlungsbegriff denjenigen des Verbrechens abgeben oder bloß als dessen „substantielles" Abbild verstanden werden soll. Es kommt aber darauf an, daß sich die gegebenen „Verhaltensweisen" nicht als „Erscheinungsformen" der „Handlung"[424], die vermeintlich in den Labyrinthen der Deliktsermittlung resp. des Deliktsaufbaus vorkommen, für den *Begriff* der Handlung maßgeblich erweisen können, und zwar in einem ganz konkreten Zusammenhang, resp. im Lichte einer Konkretisierung seiner Materialität.

Es handelt sich allenfalls um „Formen" und „Korrelationen" streng „innerhalb" des Handlungsbegriffs, scil. zumindest am Beispiel eben und desselben Handlungselements, nicht um psychophysische Variablen, konglomeriert durch das abstraktsoziale (trotz seiner objektiven Ausprägung!) Merkmal der „Beherrschbarkeit"[425] bzw. ergänzt hierdurch[426]: „Vorsätzliche Handlung", „Unterlassungstat", „Versuchshandlung" etc. bilden nach dem letzteren Verständnis keine äußerlichen Relativitäten, sondern drücken das Wesen jedes vor- bzw. quasisozial „allgemeinen" Handlungsmodells aus: Auch insofern muß es um einen bloßen Hilfsbegriff gehen. Versucht man also an dieser Abstraktifizierung etwas zu ändern, so schafft sich der „ordnungstechnische Handlungsbegriff"[427] bereits von selbst ab. – Ob in der Unrechts- oder Schuldsphäre bzw. auf beiden verbrechenssystematischen Ebenen, muß sich ja die Bedeutung von interessierenden Merkmalen klären lassen, darauf kommt es aber hier nicht an, auch nicht auf eine aus dem Gegenteil resultierende Negierung von o. e. „Erscheinungsformen" an sich; vielmehr interessiert die gegebene Negierung in dem Maße nur, in dem ein solcher Handlungsbegriff insofern vorhanden bleibt. Was es also hervorzuheben gilt, ist ein prinzipieller Kontrast zwischen einem genuin sozialen und einem instrumentell erfaßten „materiellen" Handlungsbegriff.

Hiermit steht das Wesentliche bereits fest: Von einer materiellen Interdependenz zwischen den *Komponenten* der Handlung läßt sich überhaupt nur dort sprechen, wo es um einen genuin sozial erfaßten Begriff geht; durch die vor- bzw. quasisozialen Ubiquitäten gelangt man immer nur zu unsystematisierbaren Phantomzusammenhängen jenseits des Handlungsbegriffs. Zu keinen Relativierungen zwingt hier im ersteren Falle e. c. das Unterlassungsproblem, da sich der Handlungsbegriff nicht in dem der Unterlassung erschöpfen kann, scil. vor allem jenseits jeder formalen Differenz zwischen dem Tun und Unterlassen. Mehr noch: Diese Differenzen selbst erstrecken sich (in ihrer strafrechtstheoretisch möglichen Bedeutung) nur noch auf bestimmte Aspekte des genuin sozialen Sinndeutungsprogramms, nicht auf das Programm im ganzen. Genauer heißt dies hier soviel:

[423] Nicht also u. a. ontologisierend „sozial" mit Abstellung auf das Merkmal der „Beherrschbarkeit der kausalen Folgen", wo sich noch keine Spur von der in Rede stehenden materiellen Interdependenz hervorhebt (s. *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 65).

[424] *Roxin*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, a. a. O., S. 73 f.

[425] *Jescheck*, Handlungsbegriff, a. a. O., S. 153 f.

[426] *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 42 ff, 50 und passim.

[427] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 7.

Begehung oder Unterlassung, Vorsatz oder Fahrlässigkeit etc. bestimmen nicht die „Handlungsform“[428], sondern korrelieren miteinander als deren alternative Bestandteile in ihrer Gesamtheit. Wäre dem anders, so wäre zumindest die „Objektivierung“ der isoliert von Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit genommenen Begehung oder Unterlassung (und umgekehrt) durchaus möglich oder eben auch die Erschöpfung der Handlung in diesen isoliert genommenen „Verhaltensweisen“. Die Welt des Sozialen weist jedenfalls solche Spezifizierungsmöglichkeiten nicht auf, weshalb man sich hier auch keine Berufung auf einen gesellschaftlich (mit)begründeten Handlungsbegriff leisten kann.

Die Leistungskraft eines möglichst konsequent durchgeführten normativen Ansatzes und die einer genuin funktionalen Sichtweise müssen zwar auch hier unterschiedlich ausfallen, gegenüber den ontologisch fundierten Handlungsmodellen haben aber die gegebenen Gesichtspunkte miteinander auch insoweit eines gemeinsam: Erst in diesen beiden Fällen zeichnet sich nämlich die Möglichkeit eines *inhaltserfüllten* Handlungsbegriffs ab, wo es nicht bei abstrakten Kriterien per se (bloße Ursächlichkeit, individuelle oder auch objektive „Sinnhaftigkeit“ o. ä.) für den Aufbau diverser Attribuierungssysteme der „Handlung“ bleibt, sondern sich auch der eigentliche Inhalt spezifischer Aktionen innerhalb des Begriffs entfalten muß. Mit anderen Worten, eine genuin soziale Sinndeutung weist den Weg von einer bloßen *Indizierung* der Materialität eines im weitesten Sinne zurechnungsrelevanten Verhaltens durch den Handlungsbegriff(!) zur Materialität des Handlungsbegriffs selbst, scil. im Rahmen der objektiven Zurechnung[429].

3. 5. 2. DER MATERIELLE HANDLUNGSBEGRIFF

Da es wiederum bei den o. e. Indizierungsversuchen strafrechtlich um nichts weiter als Deliktsaufbau gehen kann, ist es evident, daß das Materialitätsproblem hier überhaupt nur in einem didaktisch aktuellen Sinne erfaßbar wird. Denn nicht das Merkmal der (objektiven) „Bezweckbarkeit“ bzw. „Beherrschbarkeit“, ob ohne den „adäquaten“ Zusammenhang mit den übrigen „Materialitätskriterien“ unterhalb dieses Niveaus oder nicht[430], hebt erschöpfend die strafrechtliche Relevanz eines gesellschaftlich spezifizierbaren Verhaltens hervor. Was insofern nach ontologischen Maßstäben fehlen darf, läßt sich dabei theoretisch eben nicht durch bloße ordnungstechnische Nuancierungen nachholen: *Es gibt keinen „metasozialen“ rechtlichen Aspekt*. Wo es weder auf das Wesen der Norm noch dasjenige der Strafe streng innerhalb einer sozialen Betrachtungsweise ankommt, identifiziert sich die Ebene der sozialen Relevanz mit der des schieren Beobachtens. Jedes „objektiv bezweckbare“ Verhalten, supplementiert durch rein naturalistische Koeffizienten, als „Handlung“ läßt nach wie vor nichts zur Materialität des Begriffs beitragen.

[428] *Roxin*, Strafrecht AT I, 8/51.

[429] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 45.

[430] *Arth. Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 44.

Als Ergebnis gegebener Abstellung auf den Deliktsaufbau als bestimmenden Grundsatz zeichnet sich die Verlagerung eines strafrechtlich maßgeblichen Akzents *vom Handlungsbegriff auf die einzelnen systemgerecht eingeordneten „Verhaltensweisen"* aus; resp. die eigentliche Materialität eines strafrechtlich relevanten Verhaltens wird hiernach eben nur durch die letzteren Elemente an sich vermittelt, der Handlungsbegriff selbst erweist sich dafür nach quasisozialen Deutungsschemata und seiner daraus resultierenden systematischen Stellung bzw. „funktionalen" Bedeutung immer nur zu „neutral". Was hierdurch jedoch verborgen bleibt, ist das materielle Gesamtbild, das nicht via Trennung vom Sozialen und Rechtlichen aufgewiesen werden kann. Vor allem sind das aber im wesentlichen Rudimente naturalistischer Betrachtungsweise, wo die materielle Interdependenz zwischen den interessierenden „Verhaltensweisen" als Fremdkörper hinzustellen sein muß. Die separate „Begehung" des Kausalismus in ihrer Uferlosigkeit oder auch der „natürliche" Vorsatz der finalen Handlungslehre, den sie mit dem positiven Tun zwar ohne weiteres zu verknüpfen scheint, nicht aber bereits mit der Unterlassung denselben Zusammenhang herzustellen vermag, sind hierfür apodiktische Beweise. Daß damit wiederum die Realität des Vorsatzbegriffs nicht ausgemacht worden ist, und zwar in demselben Sinne, in dem das Phänomen der Begehung im ersteren Falle unerschlossen bleibt, läßt sich eben kaum noch bestreiten. Keine andere Konsequenz ergibt sich in diesem konkreten Fall für die Teilnahme, bereits deshalb aber auch für den Versuch und schließlich für das gesamte Spektrum interessierender Merkmale im Lichte eines direkten oder indirekten materiellen Zusammenhangs.

Als kein „Zauberhut" des Finalismus läßt sich demnach auch die „Natur" der menschlichen Handlung nach *Welzel* begreifen, wonach es sich hier um konzeptuelle Schwierigkeiten erst jenseits des vorsätzlichen aktiven Tuns gehe[431]: Erfaßt die entsprechende Konzeption eine bestimmte „Form" bzw. bestimmte „Formen" menschlichen Verhaltens nicht „adäquat" mit, so erfaßt sie keine vollständig. Die Tatsache, daß sie nicht unabhängig voneinander entfaltbar sind, kann und muß aber nicht didaktisch sichtbar sein; worum es geht, ist die Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens, deren Gegenstand sich gerade nicht vom Begriff der strafrechtlichen Handlung auf eine systemspezifische Explizierung bzw. systemspezifische Instrumentalisierung einzelner „Verhaltensweisen" verlagern darf. Ob nun das Finaldogma e. c. auch bis hin zur Unterlassung oder Fahrlässigkeit tatsächlich extensivierbar ist, stellt ein Problem dar, das eben nur in letzterer Hinsicht interessieren kann. Der genuin soziale Aspekt kommt hingegen nicht zu dieser oder sonstigen intellektuell-voluntativen wie überhaupt im allgemeinen naturwissenschaftlichen Spezifitäten hinzu *und* leistet somit einen Beitrag zum Aufbau der „Handlung"; vielmehr ist es die Ebene des Begriffs, die ein sozial relevanter Gesichtspunkt in ihrer Allgemeinheit auszumachen hat[432].

[431] So aber ibid., S. 30.

[432] Nach *Jakobs* wird hier wiederum nicht „die ‚Struktur' individuellen Verhaltens" untersucht, sondern „diejenige der Gesellschaft, die zurechnet" (*ders.*, Zurechnung, S. 18.)

Die Bedeutung von „Kausalverläufen“ oder deren finaler Lenkung geht dabei strafrechtlich zwar nicht unter, das aber sind keine integralen Bestandteile der Handlung, sondern Fragmente „individuellen Verhaltens“, scil., und darauf kommt es nicht zuletzt an, umfaßt von ferneren materiell bedingten Fragmenten, *die* wiederum noch auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sind. Das *Wesen* der Handlung kann daher wenig zu tun haben mit den Spezifizierungen innerhalb des Psychologischen wie des Naturwissenschaftlichen in einer noch engeren Hinsicht; es hängt von den Spezifizierungen ausschließlich innerhalb des Sozialen ab. Doch gemeint ist damit, wie aus den oben hervorgehobenen Momenten folgt, bei weitem nicht bloß der objektiv-finale Ansatz des sozialen Handlungsbegriffs. Die Ebene der Beherrschbarkeit, die den gesellschaftstheoretischen Kontext hier zwischen den spezifisch naturalistischen und spezifisch rechtlichen Abstraktionen einengt, läßt zwar der Konstruierung strafrechtlich relevanter „Verhaltensweisen“ freie Bahn, aber gerade nichts weiter; denn in ähnlichen didaktisch opportunen Vorläufigkeiten selbst kristallisiert nicht das Wesen strafbaren Verhaltens: Der „Handelnde“ mag hierbei auch den Bereich der Interaktion betreten, entscheidend ist das aber für den Handlungsbegriff auch insofern keineswegs. Was demnach die Differenzen bereits zwischen einer genuin sozialen Sichtweise und einer „komplex-ontologischen“ Auffassung anbelangt, so geht es um Naturalismen im ersteren und soziale Interaktion im letzteren Falle als nicht generalisierbare Striche eines „materiellen“ Handlungsbegriffs.

3. 5. 3. INHALT UND FUNKTION DES HANDLUNGSBEGRIFFS

Um das Wesentliche präziser zu fassen: *Der Inhalt des Handlungsbegriffs ist derivativ von dessen Funktion*; eine funktional neutrale „Materialität“ der „Handlung“ wird *nicht theoretisch entwickelt*, sondern kann nur noch *didaktisch „ermittelt“* werden, scil. anhand einzelner, wie auch immer konzipierter und wo auch immer vorfindbarer „Handlungselemente“, „Erscheinungsformen“ der „Handlung“ o. ä., nicht anhand des Handlungs*begriffs* selbst. Zwar ist die letztere Tendenz bereits durch einen metainstrumentellen normativen Ansatz umkehrbar (die unten zu analysierende Konzeption von *Jakobs* macht es deutlich)[433], aber noch nicht im ganzen ersetzbar, vielmehr wird man auch insofern auf einen Rekurs auf die Didaktik angewiesen. Wo hingegen keine Umkehrungen von der Didaktik zur Theorie überhaupt in Frage kommen, ist eben die Aufstellung jeder ontologisch möglichen „Struktur“ der „Handlung“ als zentraler Maßstab. Ergibt sich dabei für die Verbrechenslehre bloß ein „ordnungstechnischer Handlungsbegriff“[434], so läßt sich das als kein inzidentes Resultat bezeichnen: *Handlungsaufbau und Deliktsaufbau als Leitgedanken sind Parallelerscheinungen einer instrumentellen Betrachtungsweise*.

Die noch weitere Konsequenz einer Abstraktifizierung des theoretischen Aspekts läuft aber ebenso evident auf die Annahme hinaus, wonach die interessierenden *Begriffe* nie-

[433] 1/V/5.3.1. und passim.

[434] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 13.

mals interferieren. So läßt sich hier weder der Handlungsbegriff von demjenigen des Verbrechens umfassen, und insoweit behält die *Arth. Kaufmannsche* Kritik des *E. A. Wolff*schen Dualismus der Handlung zweifellos recht: Der erstere Begriff muß eben immer nur als der „allgemeinere" im Vergleich zu dem letzteren erfaßbar sein[435], noch umgekehrt, denn die „Allgemeinheit" der Handlung, um die es in einem ontologisch aktuellen Sinne geht, kann sie gerade nur noch als „Aufbauelement" des Delikts voraussetzen. Mithin bleibt wiederum die Didaktik der einzige Bezugspunkt, der ontologisch eine Korrelation überhaupt zwischen der „Handlung" und dem „Verbrechen" resp. zwischen den vorrechtlichen und spezifisch rechtlichen Abstraktionen herzustellen hat.

4. DAS PERSONALE

4. 1. ABSTRAKTE OBJEKTIVITÄT

Ein vorrechtlich erschöpfter sozialer Gesichtspunkt garantiert keine vollständige Entfaltung des objektiven Maßstabs. Dabei kommt es allerdings nicht darauf an, ob er durch einen „fremden" Kausalvorgang bei der Unterlassung vs. „eigenes" Kausalwerden beim positiven Tun oder durch dieselbe „natürliche Auffassung" als „objektive Betrachtungsweise" beim Versuch[436] ontologisch ergänzbar sein soll. Entscheidend sind die Konkretisierungen nach wie vor innerhalb des spezifisch Sozialen.

Liegt nun in diesem Sinne kein „*zurechenbares* ‚Werk'" vor, so heißt dies allemal, daß auch „das Moment der *Verantwortlichkeit,* der *Freiheit*" bzw. „das *personale* Element" fehlen muß, resp. das „Verhalten" läßt sich hier als keine „Objektivation der Person des Sich-Verhaltenden"[437] und somit als keine „Handlung" genuin sozial begreifen. Diese Verbindung ist aber aus der Perspektive einer „komplex-ontologischen" Handlungslehre vor allem eine ausschließlich negative Verbindung, reduziert zwangsweise auf den Zurechnungsgegenstand an sich. Wobei es ontologisch bleibt, sind die bloßen Konturen einer objektiven Betrachtungsweise, die dann außerhalb des Handlungsbegriffs u. a. etwa abstraktrechtlich auszuwerten sind. So geht es um keine geistige Kontrollierbarkeit eines als sozial relevant zu bezeichnenden Geschehensablaufs *für den „Handelnden" selbst*, sondern um ein ohne jeden konkreten Blick auf das Zurechnungssubjekt „beherrschbares" bzw. an und für sich „geistig kontrollierbares" Verhalten, wo die gegebene „objektive Tendenz" dessen soziale Relevanz erschöpfend wiederzugeben hat[438]. Es kommt also auf kein Individualitätsmoment innerhalb des den Handlungsbegriff „in gesellschaftlich relevanter Hinsicht" konstituierenden objektiven Maßstabs an. Es ist die Ebene *abstrakt-objektiver Betrachtungsweise.*

[435] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 36 f.
[436] Ibid., S. 64 f.
[437] Ibid., S. 48.
[438] Ibid.

Was hier wiederum ontologisch oder sonstwie quasisozial als „zurechenbares Verhalten“ hinzustellen sein soll, bildet im Rahmen einer genuin sozialen Sichtweise nur noch *die erste Stufe der Zurechenbarkeit*. Ob das Verhalten auch individuell beherrschbar war, also in einem konkreten Zurechnungszusammenhang tatsächlich beherrscht bzw. geistig kontrolliert werden konnte, ist nichts was außerhalb dessen objektiver Sinnhaftigkeit und somit nicht zuletzt jenseits des Freiheitsproblems zum Vorschein kommt. Der um das Individualitätsmoment ergänzte abstraktobjektive Ansatz der sozialen Handlungslehre ergibt freilich *die zweite Stufe der Zurechenbarkeit* erst in dem Sinne, in dem der objektiv interessierende Aspekt der Individualität – anders als nach der oben analysierten Auffassung von *E. A. Wolff*[439] – nicht vom Problem der Zurechnungsfähigkeit getrennt wird[440]. Doch es wäre verfehlt anzunehmen, damit sei das Entscheidende gesagt worden. Das Problem der Zurechenbarkeit erschöpft sich nämlich nicht im Bereich des Seins, ja es markiert keine Grenze zwischen dem Sein und dem Sollen, sondern im Pflichtenbezug kristallisiert *die dritte Stufe der Zurechenbarkeit*, die in einer ansonsten immer noch vorsozial geprägten Objektivität den spezifisch sozialen Sinn sichtbar macht. Erst hier wird wiederum auch das gesellschaftstheoretisch relevante Verständnis von Verantwortlichkeit streng innerhalb des Begriffs resp. das „personale Element“ der Handlung berührt.

Die Problematik der Zurechenbarkeit leistet jedoch per se über die o. a. Skizzen hinaus nichts. Es fehlt der theoretisch maßgebliche Bezugsrahmen, wo es nicht darum geht, daß überhaupt zugerechnet wird, also um einen bloßen Entwurf negativ erfaßter Verantwortlichkeit, sondern um die Kontinuität des Pflichtenbezugs und mithin des spezifisch sozialen Status, scil. *des Status von Subjekt der Rechtsbeziehung*. Diese institutionelle Kontinuität stellt zwingendes Ergebnis einer auf Interaktion gegründeten genuin sozialen Betrachtungsweise dar. Wird nun das Wesen der Handlung nach einem interaktionistisch orientierten Maßstab der Sozialität bestimmt, so erfolgt dies bei weitem nicht auf Kosten der Trennung des Handlungsbegriffs von der Zurechnungslehre. Denn in bloßen Ausnahmen – und um nichts weiter geht es beim o. e. Entwurf negativer Verantwortlichkeit, solange es dabei bleibt – läßt sich das Wesen weder der Zurechnung noch der Handlung suchen; vielmehr liegt das Essentiale beider Phänomene gleichermaßen in der institutionellen Kontinuität bzw. dem interaktionistischen Ansatz eines *funktionalen* Sinndeutungsprogramms. Wäre dem anders, so wäre die strafrechtliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten als keine Regel, sondern allenfalls nur noch als bloße Ausnahme aktuell, i. e.

[439] 1/III/2.2.

[440] Dabei spielt es aber noch keine Rolle, ob die Zurechnungsunfähigkeit als „Schuldausschließungsgrund“ betrachtet resp. die traditionelle Distanzierung des Handlungsbegriffs von der Schuld (Die sowohl bei *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, S. 39 als auch bei *Arth. Kaufmann:* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 41; Schuldprinzip, S. 174 ff vertreten bleibt) aufgegeben werden soll oder sich ihre systematische Bedeutung weit unterhalb dieses Niveaus geklärt wird, was u. a. die aus dem ersteren Falle resultierende Konsequenz bereits in der Zurechnungslehre von *Hegelianern* keineswegs auszuschließen vermag. Worum es dementgegen insoweit geht, ist die durch die objektive Betrachtungsweise zu vermittelnde Erkenntnis, daß der Zurechnungsgegenstand mit Ignorierung des Subjekts, *dem zugerechnet werden kann*, unerfaßbar bleibt.

die Grenzen der Gesellschaft bleiben in solchem Fall für die Entfaltung des Rechtssystems gerade viel zu eng zugeschnitten. Mit anderen Worten: Das spezifisch Strafrechtliche ist nach einem ontologisch konzipierten Begriff der Verantwortlichkeit „gesellschaftlich" nicht miterfaßbar.

4. 2. PERSON – VERANTWORTLICHES WESEN

Ein instrumentell konstruiertes Modell der Personalität[441], auf das Verantwortlichkeitskonzepte gegebener Art zurückzuführen sind, bringt demnach allenfalls nur noch bestimmte Teilelemente der sozialen Relevanz ans Licht. Abgesehen von einer unterschiedlichen Thematisierung des Individualitätsmoments basieren die Konzeptionen von *Arth. Kaufmann* und *E. A. Wolff* auf den gleichen Grundprinzipien[442]. Die „Personhaftigkeit" als Attribut des Individuums läßt sich ja auch im ersteren Falle nur als Folge einer Verabsolutierung der Verantwortlichkeit[443] i. S. einer „vorrechtlich" relevanten Parallelisierung begreifen[444]. Man mag dies mutatis mutandis etwa auch rein normativ für notwendig halten; allemal wird diese Verbindung aus der Perspektive einer genuin sozialen Sichtweise zumindest ebensowenig umgekehrt. Doch um formale Aspekte des Problems geht es hier nicht.

Die „Personhaftigkeit" als „das spezifisch Menschliche" heißt nach ontologischen Maßstäben bei genauerem Hinsehen „Fähigkeit zum geistigen Selbstbewußtsein und der daraus resultierenden Selbstverfügung – wohlgemerkt: Fähigkeit, Potenz, latente Anlage zur geistigen Selbstverfügung, nicht notwendig das tatsächliche Vorhandensein; auch das unmündige Kind und der Geisteskranke sind Person"[445]. Die sich daraus ergebende „existentielle Freiheit" ist es hier wiederum, „die die sittliche Verantwortlichkeit des Menschen begründet. Daß der Mensch Person ist, heißt demnach: er ist ein verantwortliches Wesen. Und nur weil er Person ist, kann er handeln"[446]. Der Grund allerdings, warum die Begründung des Handlungssubjekts als „Verantwortlicher" durch den ontologischen Ansatz eben nicht zu leisten ist, erweist sich vor allem als derselbe, aus welchem in der Konzeption *Liszts* die Betrachtung der Handlungs- und Zurechnungsfähigkeit als parallele Momente nicht gelingen konnte[447]: Ontologische bzw. rein naturalistische Ubiquitäten sind strafrechtlich nicht fortsetzbar, und zwar ausgerechnet dort, wo „gehandelt" wird. Eine der Achillesfersen der Handlungslehre *Arth. Kaufmanns* bildet gerade die Inkompatibilität eines ontologisch „personalen" Handlungsbegriffs mit der personalen Straftheorie. Zweifellos ist auch „das Aufsichnehmen der Strafe" (im Gegensatz zum blo-

[441] S. insofern auch *Otto,* Kausalität und Zurechnung, in: FS E. A. Wolff, S. 395.
[442] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 48.
[443] Kritisch *Roxin,* Strafrecht AT I, 8/47.
[444] Vgl. *E. A. Wolff,* Handlungsbegriff, S. 16 ff; a. A. *Roxin,* Strafrecht AT I, 2/47.
[445] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 48 f.
[446] Ibid., S. 49.
[447] 1/I/1.4.

ßen „Übersichergehenlassen einer Maßregel“) „Handlung: personaler Akt eines verantwortlichen Menschen“[448], doch eben deshalb nichts was außerhalb der Handlungsfähigkeit problematisiert werden muß, und damit hat wiederum die ontologische Linearität der Verantwortlichkeit, wo u. a. auch der Bereich der Zurechnungsunfähigkeit umfaßt wird, bereits wenig zu tun.

Sucht man nun nach weiteren Analogien für ein konkreteres Ergebnis, so ist es nicht zuletzt die *Arth. Kaufmann*sche Kritik des *Welzel*schen Begriffs der potentiellen Finalität selbst, die finale Handlungslehre verwechsele das potentielle Bewußtsein mit dem ersteren Phänomen[449]. Nur geht es hierbei nicht um Erweiterung, sondern um Notwendigkeit der Reduzierung des diesmal interessierenden Begriffs. Denn was hier miteinander verwechselt wird, sind die Verantwortlichkeit und die „potentielle“ Verantwortlichkeit[450], die letztere wiederum, im Unterschied zur ersteren, zurückführbar bloß auf die o. e. ontologisch zwar gegebene, gesellschaftlich aber nicht verwertbare bzw. rechtlich unmeßbare „latente Anlage zur geistigen Selbstverfügung“. Menschliches Handeln als „verantwortliche, sinnhafte Gestaltung der Wirklichkeit mit vom Willen beherrschbaren (dem Handelnden daher zurechenbaren) kausalen Folgen (im weitesten Sinne)“[451] kann jedoch, was das Verantwortlichkeitsmoment anbelangt, diese Differenzierung ontologisch nicht mit einschließen, da das „spezifisch Menschliche“ gerät nun hier in seiner Allgemeinheit außerhalb des Handlungsbegriffs; vielmehr umfaßt ein ontologisch möglicher Handlungsbegriff, soll die Formalisierung des Zurechnungsgegenstandes vermieden werden, eben nur die erwähnte durchaus abstrakt erfaßte „potentielle“ Verantwortlichkeit.

Die Reduzierung des Verantwortlichkeitsbegriffs destruiert aber hierbei genuin sozial die Personalität von keinem, was heißt, jeder Mensch wird als Person konstituiert, und das entscheidende Minimum heißt dabei das subjektive Recht. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Doch was es vor allem hervorzuheben gilt, ist folgendens: *Mensch (Individuum) und Person sind nach ontologischen Deutungsschemata gleiche Begriffe*. Mit anderen Worten, „verstehen wir Handeln (...) als Objektivation der Person, dann müssen wir aber die menschliche Personalität auch in ihrer komplexen Seinshaftigkeit erfassen (...). Und eben dieser substantiellen Einheit aller vier Seinsstufen kommt die Würde des Personalen zu. Darum ist auch personales Handeln nur als substantielle Einheit von Körperhaftem, Vitalem, Psychischem und Geistig-Sinnhaftem zu begreifen“.[452] Durch diese Reihe von Naturalismen – und daraus sind keineswegs weder die bloße „Geistigkeit“ noch die sich damit verbundene rudimentär soziale „Sinnhaftigkeit“ auszuschließen – fügt der Begriff der Person zu demjenigen des Menschen gerade nichts hinzu, was für die Handlungslehre spezifische Differenzierungsmöglichkeiten innerhalb des „Personalen“ aufweist. Und

[448] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 65 f.
[449] Fn. 398.
[450] Wie nicht zuletzt die Freiheit und die „potentielle“ Freiheit (vgl. *Roxin,* Strafrecht AT I, 8/47, wenn auch nicht durchweg i. S. der hiesigen Auffassung).
[451] *Arth. Kaufmann,* Die ontologische Struktur der Handlung, a. a. O., S. 65.
[452] Ibid., S. 49.

es ist kein Zufall. Denn rechtlich spezifizierbare Personalität ist nichts was in einem institutionell „neutralen" Kontext ontologischer Faktizitäten gegeben ist, sondern wird *gesellschaftlich konstruiert*[453]. Die Handlung ist immer nur mehr als „spezifisch menschliches Verhalten" und auch mehr als menschliches Verhalten i. S. der „ontologischen Komplexität", wonach die Gesellschaft selbst immer noch als Konstruktion unsichtbar bleibt.

5. DER PERSONALE HANDLUNGSBEGRIFF *ROXINS*

5. 1. HANDLUNG ALS PERSÖNLICHKEITSÄUßERUNG

Im personalen Handlungsbegriff *Roxins* werden die von *ihm* früher vertretenen sowohl „sozialen Sinnbezüge"[454] als konstitutives Merkmal wie auch Elemente einer positivrechtlichen Betrachtungsweise[455] gleichermaßen aufgegeben. In ersterer Hinsicht heißt dies, daß der Handlungsbegriff auch „eine unternommene Arbeit und selbst ein Freizeitvergnügen als menschliche Handlungen" umfassen muß, „einerlei, ob man ihnen soziale Relevanz zuspricht oder nicht"[456]. Zu keiner Transformation des Handlungsbegriffs würde in letzterer Hinsicht nunmehr auch jede Dekriminalisierung der Fahrlässigkeit führen[457].

Im Gegensatz zu den gegebenen Aspekten bleibt hier das „seelisch-geistige" bzw. „personale Aktionszentrum"[458] als Moment von weitgehendem Aufschluß in der Handlungslehre erhalten: „Handlung ist zunächst einmal alles, was sich einem Menschen als seelisch-geistiges Aktionszentrum zuordnen läßt. Daran fehlt es bei Wirkungen, die allein von der körperlichen (‚somatischen') Sphäre des Menschen, ‚dem stofflichen, dem vitalen und dem animalischen Seinsbereich' ausgehen, ohne der Kontrolle des ‚Ich', der geistig-seelischen Steuerungsinstanz des Menschen, zu unterliegen"[459]. Worum es hiermit, genauer gesehen, geht, ist Begründung der „Handlung" in einem vorrechtlich bzw. vorsozial erfaßten Begriff als *„Persönlichkeitsäußerung"*[460]: „Wenn jemand mit unwiderstehlicher Gewalt in eine Fensterscheibe gestoßen wird, wenn er im Schlaf, im Delirium, im Krampfanfall um sich schlägt, wenn er rein reflexartig reagiert, dann sind das Äußerungen, die durch Willen und Bewußtsein nicht beherrscht oder beherrschbar sind und deshalb nicht als *Persönlichkeits*äußerungen bezeichnet, der seelisch-geistigen Schicht der ‚Person' nicht zugerechnet werden können. Andererseits gehören Gedanken und Willensregungen selbstverständlich zur geistig-seelischen Sphäre der Person. Solange sie aber im Inneren verschlossen bleiben und sich nicht zu Außenweltgeschehenissen in Beziehung setzen lassen, sind sie keine Persönlichkeits*äußerungen* und deshalb keine Handlun-

[453] Vgl. *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 59 f und passim.
[454] *Roxin:* ZStrW 74 (1962), S. 561; Zur Kritik der finalen Handlungslehre, a. a. O., S. 82.
[455] Ibid., S. 73 ff.
[456] *Roxin,* Strafrecht AT I, 8/45.
[457] Ibid., 8/51.
[458] Ibid., 8/65.
[459] Ibid., 2/44.
[460] Ibid.

gen“[461]. Wird nun dabei im Unterschied zur Handlung als „Ausdruck der Persönlichkeit“ nach dem sozialen Handlungsbegriff *Engischs*[462] oder als „Objektivation der Person“ nach dem ontologisch „komplex“ fundierten personalen Handlungsbegriff *Arth. Kaufmanns*[463] auf das Merkmal der Sozialität verzichtet, so ist das insofern gerade durchaus berechtigt: Wo Mensch als Individuum und Mensch als Person ein und dasselbe ist, bildet die Rekurrierung auf den „gesellschaftlich“ relevanten Gesichtspunkt einen Selbstzweck. Denn die Ebene der Sozialität wird dabei ohnehin immer nur rein fragmentarisch angedeutet.

Doch was hierdurch ungesagt bleibt, ist das Wichtigste: Die „geistig-seelischen“ Zustände bzw. Vorgänge, ob „objektiviert“ oder nicht, stellen jenseits eines genuin sozialen Sinndeutungsprogramms[464] *überhaupt nur Naturalismen* dar[465], scil. sowohl in ihrer bei *Roxin* entfalteten Allgemeinheit resp. durch Ausschließung des *E. A. Wolff-Arth. Kaufmann*schen „Freiheits-“ und „Verantwortlichkeitsmoments“ als auch dort, wo dies nicht erforderlich sein muß bzw. wo es um keine „Abnormität“ der „seelisch-geistigen Sphäre“ geht[466]. Versucht man wiederum bei der Konstruierung eines „strafrechtlichen“ Handlungsbegriffs davon auszugehen, daß „sich rechtliche Lösungen nie aus rein ontischen Befunden, sondern immer nur aus der Anwendung der maßgebenden normativen Kriterien auf sie ergeben“[467], also erhebt man hier jede „Persönlichkeitsäußerung“ zum Gegenstand der „Zuordnung“, indem sie „von vornherein den entscheidenden Wertungsaspekt“[468] für die (straf-)rechtlich relevanten Überlegungen zu bezeichnen hat, so ändert sich doch damit an der o. e. Qualität selbst gerade nichts, sondern es geht jenseits der systemspezifisch effizierten Virtualitäten um *Zuordnung von Naturalismen*. Zwar kann hierbei „im Einzelfall für die Feststellung einer Handlung auch die Einbeziehung sozialer und sogar rechtlicher Aspekte erforderlich sein; in der Regel bedarf es dessen jedoch nicht“[469]. Worauf ist aber eine solche Relativierung zurückzuführen?

5. 2. SOZIALITÄT UND RECHTLICHE BEWERTUNG

Vor allem kommt es hier freilich auf die Ermittlung dessen an, inwieweit ein *„personaler“* Handlungsbegriff solche Relativierungen überhaupt tragen kann. Dabei bleibt es beim o. a. Moment nicht; vielmehr kommt es auch zu einem Generalisierungsversuch:

[461] Ibid.
[462] 1/III/2.4.
[463] Fn. 437.
[464] Zumindest in dem Maße, in dem die konstitutive Bedeutung der Institution für die Handlungslehre erkannt wird.
[465] Nach *Roxin* selbst bleibt allerdings die naturalistische Welt auf die rein somatische Sphäre beschränkt (s. *ders.*, Strafrecht AT I, 8/53).
[466] Ibid., 8/47.
[467] Ibid., 8/72.
[468] Ibid., 8/73.
[469] Ibid., 8/52.

„In die Beurteilung als Persönlichkeitsäußerung gehen subjektive Zielsetzungen und objektive Wirkungen, persönliche, soziale, rechtliche und andere Wertungen ein, die erst zusammen ihren Bedeutungsgehalt erschöpfen“[470]. Mit anderen Worten: „Es entspricht der Realität menschlicher Existenz, daß Persönlichkeitsäußerungen nicht allein durch körperliche und psychische Elemente, sondern ebenso durch mannigfache Bewertungskategorien, private, soziale, ethische, aber auch rechtliche in ihrem Sein mitbestimmt und bisweilen erst konstituiert werden“[471]. Als neu läßt sich diese Auffassung aber allemal nicht durch die hier enthaltene Generalisierung als solche begreifen, sondern eben erst nach jenem ihren Aspekt, wo der „gesellschaftlich“ relevante Gesichtspunkt (neben weiteren „Bewertungskategorien“) nur noch ab und zu seinen „konstitutiven“ Beitrag zur Handlungsprüfung leistet[472]. Nur bleibt dieser Beitrag aus der Perspektive eines genuin sozialen Sinndeutungsprogramms höchstens ganz äußerlich; denn an der „Person“ als „seelischem Apparat“[473] in ihrer Eigenschaft als Handlungssubjekt muß hier weiter festgehalten[474] resp. jeder „verbotswidrige Normverstoß“[475] instrumentell verarbeitet werden.

Wie die „Personalität“ in der instrumentellen Welt des „Handlungssubjekts“ erfaßbar ist, bildet ein Problem gesellschaftsfremder Handlungskonstruktionen, und der an sie evtl. herangetragene Anspruch, man müsse dabei auch die Spezifik eines gesellschaftlich relevanten Gesichtspunkts in Betracht ziehen, wäre durchaus fehl am Platz. Jede solche Metabasis hat aber auch ihre Kehrseite. Sieht sich die auf einen instrumentellen Ansatz gegründete Handlungstheorie früher oder später genötigt, den sozialen Aspekt zu thematisieren, so darf dies jedenfalls nicht durch Übertragung von instrumentellen Linearitäten auf das Merkmal der Sozialität erfolgen; vielmehr gibt es hier keinen oben angesprochenen Relativierungsraum. Denn das Soziale ist in seinem Wesenskern nicht auf das Personale reduzierbar, sondern identifiziert sich mit dem Merkmal des Interpersonalen, wobei (im Gegensatz zu den instrumentell möglichen Interpretationen[476]) *nicht einmal die Interpersonalität kategorial von der Personalität abhängt, sondern eben nur umgekehrt*. Unter einem genuin sozial erschließbaren bzw. *gesellschaftlich umfaßten* rechtlichen Aspekt heißt dies wiederum, daß das Handlungssubjekt auch nicht als bloßer „Adressat von Normanruf“ bzw. „rechtlichem Gebot“[477] an sich o. ä. aktuell sein kann, sondern als Subjekt der Rechtsbeziehung resp. als Interaktionspartner. Läßt sich aber hierbei das rechtlich Relevante nur noch im Rahmen der Diskussion problematisieren, ob die „Handlung“ als „vortatbestandliches“ Phänomen zu begreifen sein soll oder nicht (nach *Roxin* nun, im Unterschied u. a. zur oben analysierten *Bubnoff*schen Auffassung, „bei einem kleinen Teil

[470] Ibid., 8/51.
[471] Ibid., 8/55.
[472] Näher ibid., 8/52.
[473] Ibid., 8/70.
[474] Wenn auch die „begriffliche Gemeinsamkeit“ nicht in der „Einheit des sachlichen Substrats“ gesucht wird (ibid., 8/74).
[475] Ibid., 8/50.
[476] Da in der instrumentellen Welt das Phänomen der Interaktion nichts Konstitutives darstellt.
[477] *Roxin*, Strafrecht AT I, 8/47, 55.

deliktischer Verhaltensweisen“)[478], so trägt der rechtliche Aspekt in seiner wahren Beschaffenheit nichts zum interessierenden Problem bei.

Die auf einen „geistig-seelischen“ Nenner zu bringenden „Persönlichkeitsäußerungen“ vermögen, mit anderen Worten, weder genuin soziale noch genuin rechtliche Sphäre in den Begriff der Handlung aufzunehmen, weil die Dimension der Interpersonalität, von der in diesen Sphären ausgegangen werden soll, in ein „personales“ Handlungsmodell nun einmal nicht hineinprojiziert werden kann. Dort, wo die „Personalität“ auch „interpersonale“ Momente umfaßt, ja sich dadurch erst überhaupt konstituieren muß, resp. im Rahmen eines genuin sozialen Sinndeutungsprogramms kommt hingegen nur ein interpersonaler bzw. auf das „Unmittelbare“ selbst abgestellter Handlungsbegriff in Frage. Unterhalb dieses Niveaus bleibt wiederum der Raum lediglich für quasisoziale und quasirechtliche Gesichtspunkte, die allenfalls als Hilfsmomente bei der Konstruierung eines „stoffadäquaten“ Handlungsbegriffs[479] dienen sollen[480].

Die Einbeziehung gegebener Gesichtspunkte wird im Falle der Handlungslehre *Roxins* am Beispiel der Unterlassung unumgänglich. „Ein Unterlassen (...) wird zur Persönlichkeitsäußerung nur durch eine Handlungserwartung (...). In der Regel sind die Erwartungen, die aus einem bloß als gedankliche Möglichkeit existierenden „Nichts“ eine Persönlichkeitsäußerung machen, sozial begründet und daher von der Sphäre rechtlicher Bewertung (d. h. vom Tatbestand) abtrennbar“[481]. Die Anzahl von Unterlassungen, „vor allem in Nebenstrafrecht, bei denen eine Handlungserwartung überhaupt erst durch die Rechtsvorschrift begründet wird“[482], muß demnach hier wesentlich geringer ausfallen[483]. Dies alles heißt aber auch in der personalen Handlungslehre *Roxins* bei weitem nicht, daß bei Begehungshandlungen sozial bzw. rechtlich nichts anderes vom Handlungssubjekt erwartet werden könnte. Nur kommt es in diesen Fällen bei der Feststellung, „ob überhaupt eine Persönlichkeitsäußerung vorliegt“, niemals auf solche Erwartungen – wie u. a. auf das Merkmal der „Vermeidbarkeit“ des negativen Handlungsbegriffs[484] – an[485], wonach zunächst einmal konstatiert werden muß, daß bei den Unterlassungen selbst die interessierenden Aspekte eben nur als schiere Hilfsmomente begreifen lassen: Sie ersetzen die rein vorsozialen „Außenwirkungen“ des positiven Tuns im Bereich der „Persönlichkeits-

[478] Ibid., 8/54, 56.

[479] Ibid., 8/55; vgl. *Bunster,* Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, in: FS Roxin, S. 180 ff.

[480] S. aber auch zur *Roxins*chen Differenzierung zwischen einer „stofflichen“ und einer auf die „normative Richtlinie der personalen Zurechenbarkeit“ ausgerichtete Bestimmung des Handlungsbegriffs *Schünemann,* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 31.

[481] *Roxin,* Strafrecht AT I, 8/54.

[482] Ibid.

[483] A. A. *Schünemann,* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 17 f.

[484] 1/V/1 ff.

[485] *Roxin,* Strafrecht AT I, 8/54.

äußerung“[486], vermögen jedoch an der psychologisch konstruierten „Personalität“ selbst nicht viel zu ändern.

Gegen die Annahme, daß ein solcher Unterlassungsbegriff überhaupt möglich sein kann, soll hier wiederum nicht argumentiert werden. Er war in sehr ähnlicher Weise schon auch in den vorhergehenden Konzeptionen durchaus möglich (wenngleich es dabei auf keine o. a. Differenzierung der „Handlungserwartung“ ankam). Aber jede solche „Unterlassung“ ist abstrakt: Die Ebene der Sozialität, von der deren Realität abhängt, bleibt in ihrer Essenz bzw. interaktionistisch maßgeblichen wie institutionell aktuellen Spezifik unberührt. Dabei soll es insofern auch bleiben, denn der Handlungsbegriff als „allgemeiner“ Hilfsbegriff, auf den die „Persönlichkeitsäußerung“ in allen ihren „Erscheinungsformen“ hinausläuft[487], kann eben nur als rein abstrakte Konstruktion gedacht werden.

5. 3. PARALLELEN UND DIFFERENZEN ZU WEITEREN HANDLUNGSBEGRIFFEN

Gemäß den o. a. Momenten ist es evident, daß die quasisozialen Handlungskonzepte hier keineswegs in ihrem leitenden Gesichtspunkt herausgefordert werden; vielmehr überwiegen die grundsätzlichen Parallelen nicht nur zum personalen Handlungsbegriff *Arth. Kaufmanns*. Wiederum überlagert sich die Handlung als „Persönlichkeitsäußerung“ sowohl mit dem „Verhaltensmodell“ *Jeschecks* als „ ‚freier‘ Antwort auf zur Verfügung stehende Handlungsmöglichkeiten“ wie auch mit dem „individuellen Handlungsbegriff“ *E. A. Wolffs* als dem „freien, sinnbezogenen Ergreifen einer dem einzelnen offenstehenden Möglichkeit“[488]. Wird nun dabei auf die Notwendigkeit einer Differenzierung insoweit hingewiesen, als sich die meisten unbewußt fahrlässigen Unterlassungen als keine „Antwort“ deuten ließen oder es sich an der „Freiheit“ zumindest bei schuldlosen „Handlungen“ gewöhnlich fehle[489], so sind das gerade keine wesentlichen Differenzen. Sie ergeben sich ihrerseits erst bei einer genuin sozialen Sinndeutung: Es geht nicht darum, ob in bezug auf instrumentell (mit-)erfaßbare „Möglichkeiten“ an sich „agiert“ oder an sich „reagiert“ werden kann, vielmehr muß der Handelnde im Lichte institutionalisierter Möglichkeiten (Rechte) und institutionalisierter Erwartungen (Pflichten) *interagieren* können (Wer kein Subjekt der strafrechtlichen Beziehung ist, kann *strafrechtlich* auch gar nicht „handeln“). Zwar läßt sich der Handlungsbegriff auf das Phänomen der Reaktion auch in diesem Sinn (bzw. wo sie bereits mehr als bloße „Responsion“ verkörpert) nicht reduzieren, aber nur deshalb, weil sie von jeder Aktion als „Handlung“ mit einbegriffen wird. Der unbewußt fahrlässig Unterlassende handelt, *weil* er nach objektivem Maßstab seine („Nicht-“)Aktion von der Reaktion abhängig macht – Verursacht metainstrumentelle Kosten, die es per Strafe zu beseitigen gilt. Noch weniger tiefgreifend er-

[486] Ibid., 8/63.
[487] Ibid., 8/50 ff.
[488] Ibid., 8/47.
[489] Ibid.

scheint hierbei der durch Eliminierung des „Freiheitsmoments“ angestrebte Unterschied; es geht doch um nichts weiter als Korrektur zugunsten des gemeinsamen Grundgedankens, scil. hier wie dort kommt auch den schuldlosen Taten die Handlungsqualität zu, was nach einer genuin sozialen Betrachtungsweise bereits in ihrem Ansatz nicht der Fall sein kann.

Zu ähnlichen Ergebnissen führt hier die Handlung als „Regelanwendung“ nach *Hruschka*, indem die „Persönlichkeitsäußerung“ auf „selbstgesetzte ‚Regeln‘ “ bezogen wird[490]. „Aber dann noch wäre dieser Begriff teils zu eng, teils zu weit. Zu eng, weil er auf Unterlassungen (man denke an das (...) Vergessen!) nicht paßt, die auch Hruschka nur als ‚Nichtanwendung einer Regel‘ bestimmt, womit er wieder bei Radbruchs Zweiteilung des Systems anlangt. Zu weit, weil das Aussinnen eines Verbrechensplanes sicherlich eine Anwendung von (Denk- und Erfahrungs-)Regeln, mangels ‚Äußerung‘ aber gerade keine Handlung ist“[491]. Doch was jenseits dieser „Ausnahmen“ durch die rein kognitiven Regeln nicht zu leisten ist, kann im Lichte der o. e. Parallelisierung durch den *Roxin*schen Ansatz selbst ebensowenig gelingen. Es geht nämlich um folgendes: Die „Person“ kann hiernach niemals als Subjekt der sozialen Interaktion (denn sie verläuft nicht gemäß den „selbstgesetzten Regeln“ des Individuums!) und *somit* als kein Subjekt der Rechtsbeziehung überhaupt handeln. Die im Falle der Unterlassung von der „Regelanwendung“ distanzierte „Persönlichkeitsäußerung“ ergibt dabei nichts anderes, da es genuin sozial nicht auf „Äußerungen“ der psychologisch erfaßten „Persönlichkeit“, sondern auf Fortführung der metainstrumentellen Interpersonalität ankommen kann.

Deckt sich wiederum der „personale“ Handlungsbegriff im Falle der Fahrlässigkeit nicht mit dem Kriterium der „Intentionalität“ i. S. der intentionalen Handlungstheorie *Kindhäusers* (Handlung als „entscheidbares Tun“)[492], so tangiert dies ex aequo den insofern hervorgehobenen Kontext. Zweifellos „bestrebt“ hier die mit dem Individuum gleichgesetzte „Person“ als Handlungssubjekt weder rein naturalistische noch quasisoziale „Ereignisse“ (bzw. solches „Tun“); vielmehr ermöglicht die instrumentelle Welt des Individuums als Ausgangspunkt eben nur „monodimensionale“ Entscheidungen. Die interessierende Generalisierungsmöglichkeit resultiert freilich aus einem funktionalen Ansatz, wonach sich der genuin sozial erfaßte strafrechtliche Effekt auch am Beispiel des fahrlässigen Delikts als (wirklicher) Gegenstand einer Entscheidung gedacht werden soll. Daß der Delinquent die strafrechtlich relevanten Kosten seiner Handlung selbst zu tragen hat, beeinträchtigt eine solche Annahme nicht, die allemal einen in das interaktionistische Sinndeutungsprogramm eingebetteten objektiven Maßstab voraussetzt. Außerhalb dieses Bezugsrahmens kommen lediglich subjektiv-monistische oder vorinteraktionistisch objektive Nivellierungen bzw. Negativierungen in Frage, und sie verlangen nicht erweiternde, sondern alternative Kriterien für eine „Lösung“ überhaupt. Nur läßt sich ande-

[490] Ibid., 8/48.
[491] Ibid.
[492] Ibid., 8/49.

rerseits durch das Merkmal der „Intentionalität“ noch keine vollständige Entfaltung des funktionalen Ansatzes selbst erreichen; denn was demnach die objektive Zurechnung nachzuweisen hat, ist die Kontinuität der Pflichtenstellung, nicht der durch „Intention“ hinweggerutschte positive Status an sich. Soll nun im letzteren Falle auch genuin sozial die „Handlung“ (gelegentlich) erhalten bleiben, so sind das bereits nur äußerliche Parallelen, scil. beim entscheidenden Punkt theoretisch auseinanderstrebender Konzepte.

5. 4. DIE FUNKTIONSGERECHTE HANDLUNG

Der in der personalen Handlungslehre *Roxins* angestrebte Verzicht auf die Einheit der „sachlichen Substrate“ u. a. im Bereich des Psychophysischen hat aber zum Gegenstand vor allem eine möglichst konsequente Durchführung deliktssystematischer Funktionen des ordnungstechnischen Handlungsbegriffs. Dabei lassen sich unter dem Aspekt des Grenzelements des Systems, im Gegensatz zu den kausalistischen oder finalistischen Spezifizierungen, auch manche Reflexe, und zwar diejenigen, die als „psychisch vermittelte, zielgerichtete Bewegungen“ erfaßbar sind[493], als „Handlungen“ begreifen; so wie seinerseits jeder Automatismus, denn „erlernte Handlungsdispositionen gehören zum Gefüge der Persönlichkeit; ihre Auslösung ist deren Äußerung“[494]. Nach demselben Maßstab wird hier auch im Falle der sinnlosen Trunkenheit „gehandelt“, solange „in der Zielrichtung sinnvolle, koordinierte Bewegungsabläufe“ vornehmbar sind, wie bei den hochgradigen Affekten, indem die „der Triebbefriedigung oder der Aggressionsentladung“ dienenden Verhaltensweisen nicht „allein kausal determiniert“ sind[495]. Schließlich liegt hiernach die „Handlung“ auch im Falle der vis compulsiva als „durch Drohung motivierte“ Persönlichkeitsäußerung vor[496]. Ob in diesem mehr oder weniger umstrittenen „Grenzbereich“ bestimmte Geschehensabläufe hin und wieder einem genuin sozialen Handlungsbegriff (freilich nur formal) korrespondieren, ist auch insoweit nicht das Punctum saliens. Es kommt darauf an, daß einer psychophysischen Explikabilität individuellen „Verhaltens“ für den Begriff der Handlung keine Bedeutung beigemessen werden kann. Was psychophysisch (mit oder ohne Abstellung auf die „Einheit“ der physisch oder psychisch naturalistischen Spezifizierungskriterien) als „Handlung“ erklärbar ist, bleibt rechtlich irrelevant, *weil* gesellschaftlich unmaßgeblich. Das Hinzukommen „normativer“ Kriterien[497] ergibt dabei keine interessierende Qualität, da es jenseits des Sozialitätsaspekts erfolgt[498], resp. an der „Trennung“ des Sozialen und Rechtlichen wird direkt festgehalten, und zwar, wie bereits gezeigt, nicht nur in dieser konkreten Hinsicht.

[493] Ibid., 8/66.
[494] Ibid., 8/67.
[495] Ibid., 8/68 f.
[496] Ibid., 8/64.
[497] Ibid., 8/72.
[498] Ibid., 8/45.

Ungeachtet dessen, ob man die Handlung u. a. als Grenzelement des Verbrechenssystems aufzufassen (dies ist der Fall auch in den im Rahmen der hiesigen Analyse der Handlungslehre *Roxins* angesprochenen Konzeptionen) oder es gerade zu vermeiden vorhat, kann es hier jedenfalls nicht bloß darauf ankommen, beim „menschlichen Verhalten" rein somatische, rein gedankliche oder auch psychophysische Naturalismen, die „keinerlei Umweltbezogenheit aufweisen"[499], auszuschließen. Bereits die Leistungskraft des normativen Ansatzes bleibt dabei weitgehend unerschöpft. Was die o. e. didaktisch aktuelle Aufgabe des Begriffs angeht, so werden ihr Handlungsmodelle, die sowohl auf unrechtmäßige als auch rechtmäßige bzw. sowohl auf schuldhafte als auch schuldlose Verhaltensweisen „orientiert" sind, ohnehin niemals gerecht. Dies ändert sich nur, wenn man den (verbrechenssystematisch oder auf eine andere Weise unspezifizierbaren) „allgemeinen" durch einen „spezifisch strafrechtlichen" Handlungsbegriff ersetzt; doch unberührt wäre auch dann der zentrale Umstand: Die Abstraktheit des Begriffs, die aus der Funktion des Grenzelements notwendigerweise resultiert.

Sie wird durch weitere, auch bei *Roxin* vertretene Hauptfunktionen als Grund- und Verbindungselement kaum vermindert. Denn die „Erscheinungsformen" deliktischen Verhaltens, die von der „Handlung" in ihrer ersteren Eigenschaft „umfaßt"(?) werden, sind „erst im Rahmen späterer Wertungsstufen relevant", die wiederum an den Handlungsbegriff als das „Substantiv" in seiner letzteren Eigenschaft bloß „angeschlossen", in keinem Maße von demjenigen i. d. R. umfaßt werden können[500]. Sonach geraten außerhalb des Begriffs nicht bloß das Unrechts- und Schuldurteil, sondern zwangsweise auch die darin eingeschlossenen „deliktischen Verhaltensweisen" im ganzen. Worum es insofern, mit anderen Worten, gehen kann, ist nicht eine vorläufig amorphe Bestimmung der „Handlung" und eine nachträgliche Konkretisierung deren „Art und Weise" als Begehung oder Unterlassung, Vorsatz oder Fahrlässigkeit[501], vielmehr bildet das, was den „ferneren" strafrechtlichen Wertungen hier vorgelagert wird, eben die definitive Gestalt des Begriffs nach jedem ähnlichen modus procedendi. Als bloße Skizze erscheint es lediglich von einem theoretisch maßgeblichen Standpunkt aus, der aber durch rein didaktische Zusammenhänge ersetzt bleibt, weil die Handlung als „Persönlichkeitsäußerung überhaupt" gerade nur in einem ordnungstechnisch möglichen Sinne *„vorhanden"* sein kann. Man mag auch in dieser Hinsicht unentwegt dualisieren, damit am „personalen" Ansatz selbst nichts

nicht auf ordnungstechnische Funktionen beim Deliktsaufbau ankommen, sondern auf Funktionen im realen Leben, in einer genuin sozialen Wirklichkeit, wo interaktiv agiert bzw. gehandelt wird.

[499] Ibid., 8/63 f, 71.
[500] Ibid., 8/50 f, 53 ff.
[501] Ibid., 8/51.
[502] Ibid., 8/44.

V. DER NEGATIVE HANDLUNGSBEGRIFF

1. VERMEIDBARES NICHTVERMEIDEN IN DER GARANTENSTELLUNG

Zwar will sich der von *Herzberg*[503] entwickelte negative Handlungsbegriff vor allem gegen den Finalismus richten (wobei „die Finalität als solche im Strafrecht *überhaupt unerheblich*“ ausfalle), was aber dieser Begriff als *vermeidbares Nichtvermeiden in Garantenstellung* gemeinsam mit den finalistischen Dogmen hat, ist nicht nur die konstitutive Bedeutung der Vermeidbarkeit, vielmehr soll auch er als „tatbestandsfern“ gedacht werden. Doch gerade an dieser Stelle, nämlich beim von *Jakobs* weiterentwickelten negativen Handlungskonzept, um das es in diesem Abschnitt hauptäschlich geht, gelangt man zu einer prinzipiellen Umwandlung: Die *Jakobs*sche Version der negativen Handlungslehre beansprucht sowohl Unrecht wie auch Schuld als integrale Bestandteile des Handlungsbegriffs, abstellend somit auf den von *Hegelianern* entfalteten Zusammenhang zwischen dem Handlungs- und dem Verbrechensbegriff.

Zunächst einmal wird hierbei jedoch der maßgebliche Akzent in der *Herzberg*schen Formel auf das vermeidbare Nichtvermeiden selbst reduziert. Zum einen, weil man mit dem „Bezug auf die Garantenstellung nicht das strafrechtlich relevante Verhalten abdeckt, scil. nicht echte, nicht begeheungsgleiche Unterlassungen“; zum anderen, weil nichts anderes als das in Rede stehende Moment den Inhalt der Garantenstellung ausmachen könne. Wie unten zu zeigen ist, verhält es sich später hinsichtlich des ersteren Aspekts anders. Die insofern konkretisierte negative Handlung wird wiederum als *individuell vermeidbare Erfolgsverursachung* bzw. als *Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz* dargestellt[504].

2. NORMATIVE VERSTÄNDIGUNG

2. 1. HANDLUNG ALS KOMMUNIKATIV RELEVANTE STELLUNGNAHME

Bei der erwähnten Konkretisierung bleibt es nicht. Wenn *Gehlen*[505] vom Menschen als vom „handelnden Wesen“ spricht, so geht *er* in diesem Sinn vom Menschen als vom „stellungnehmenden Wesen“ aus, während *Welzel*, wie wir gesehen haben, die Handlungen als „Sinnausdrücke“ erfaßt. Nicht zuletzt wird es hierbei versucht, den grundlegenden Blickpunkt bis zur soziologischen Systemtheorie *Luhmanns* und dem darin ent-

---

[503] *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 172 ff, 179 ff, 183 ff und passim.

[504] *Jakobs*, Strafrecht AT, 6/27, 32.

[505] *Gehlen*, Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 1. Aufl., 1940, S. 20, 37 und passim.

haltenen Begriff der Kommunikation zu erstrecken[506]. Die Handlung als *„kommunikativ relevante Stellungnahme“* resp. als *„sozialer Sinnausdruck“*[507] soll mithin in der Handlungslehre von *Jakobs* den „monologisch-individualistischen“[508] bzw. „instrumentellen“ Maßstab des Finalismus durch das „kommunikativ relevante Deutungsschema“ ersetzen, wonach vor allem davon ausgegangen wird, daß „Sinnausdrücke“ und „Stellungnahmen“[509]„nur als kommunikative Vorgänge begreifbar sind, bei denen es nicht nur auf den Horizont des Ausdrückenden, sondern auch auf denjenigen des Empfängers ankommt, und der Empfänger verfügt nicht über das individuelle Deutungsschema des Ausdrückenden, oder, wenn er darüber verfügt, ist dieses Schema jedenfalls nicht allein schon deshalb maßgeblich, weil es das individuelle Schema ist“[510]; vielmehr ist die übertragene Information nach dem der gegebenen Auffassung – insofern – zugrundeliegenden *Luhmann*schen Verständnis von Kommunikation für Absender und Empfänger niemals identisch[511].

In einer handlungsbegrifflich relevanter Hinsicht heißt dies, daß die subjektive Erfolgsvorstellung nur dann „kommunikativ relevant“ sein kann, wenn sie auf einem „kommunikativ relevanten Deutungsschema“ beruht, ergebend „Akte eines hervorgehobenen Musters“[512]. Die Kommunikation stellt dabei nach *Lesch* „den elementaren sozialen Prozeß der Konstitution von Sinn im zwischenmenschlichen Umgang“[513] dar[514]. Mit anderen Worten, die Ebene des Sinns ist hiernach diejenige „des *gesellschaftlich Relevanten*, und diese wiederum ist die Ebene der *Kommunikation*“[515]. Nicht zuletzt kommt es auf *Welzels* Begriff der „Sozialadäquanz“ und das Merkmal der „sozialen Sinnhaftigkeit“ nach der sozialen Handlungslehre an[516], die es qualitativ fortzuführen versucht wird.

2. 2. PERSON ALS KOMMUNIKATIONSTEILNEHMER

Wenn sich die im *Hobbes*schen resp. *Locke*schen Naturzustand agierenden Individuen noch nicht als Personen und ihr Verhalten dementsprechend nicht als soziales Phäno-

[506] *Luhmann:* Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?, in: *ders.,* Soziologische Aufklärung 6, 1995, S. 38 und passim; Rechtssoziologie, Bd. 1, Reinbek, 1972, passim; s. wiederum auch *Meggle,* Grundbegriffe der Kommunikation, 2. Aufl., 1997, S. 279 ff.

[507] *Jakobs:* Handlungsbegriff, S. 30; Handlungssteuerung, a. a. O., S. 957.

[508] *Meliá*, Finale Handlungslehre, S. 179 ff., 183 ff.

[509] *Jakobs:* Handlungssteuerung, a. a. O., S. 955 und passim; Handlungsbegriff, S. 24, 28; *ders.,* Schuldprinzip, 13 f.

[510] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 27; vgl. *ders.*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: GS Arm. Kaufmann, S. 279 ff.

[511] S. zur Ablehnung der „Übertragungsmetapher“ *Luhmann*, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, S. 193.

[512] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 28, 45.

[513] *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 186.

[514] Vgl.: *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, S. 215 f; *Schützeichel*, Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann, 2003, 27 ff, 87 ff und passim.

[515] *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 223.

[516] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 27 ff, 45.

men bezeichnen lassen, dann ist es hier darauf zurückzuführen, daß im gegebenen Zustand noch keine *Normen* vorhanden sind, die die „Interaktionsmöglichkeit" garantieren, resp. als Kommunikationsmaßstäbe, sondern was vorliegt, ist „eigenes Ordnungsschema" des Individuums, „in dem jedes andere Individuum nur als Umwelt verarbeitet werden kann", resp. bloß kognitive Regeln, mit denen das Individuum „als unbeschränktes Wesen in seiner eigenen Welt umgeht und sie nach der Brauchbarkeit für sich selbst bestimmt". Es handelt sich um einen naturgetreuen Schematismus, – eine rein „instrumentale Welt", rein „instrumentale Kommunikation", – wo noch kein Verhalten mit sozialem Sinn aufgeladen ist, was heißt, „der Naturzustand ist eben ein Zustand der Normlosigkeit, also exzessiver Freiheit wie exzessiven Kampfes"[517].

„Gehandelt*"* wird erst i. S. des durch das Merkmal der „normativen Verständigung" konstituierten Begriffs der Person und Gesellschaft[518], scil. in demjenigen einer metainstrumentellen „Kommunikation", ohne welchen weder eine „personale Identität" noch ein „Sozialsystem" konstruierbar sind[519], kurzum: in der „künstlichen" Welt der Sozialität[520]. Die Verhaltensregeln selbst werden bereits „nicht durch die Brauchbarkeit für das einzelne Individuum", sondern „durch die Anschlußfähigkeit in der Kommunikation" festgelegt, wonach sich auch die Individualität als maßgebliches Deutungsschema von der Personalität in ihrer „Bestimmtheit durch eine Norm" abzulösen ist, was u. a. nicht heißen soll, daß die Person auch ohne das Individuum vorhanden sein kann resp. daß Individuum und Person „beziehungslos nebeneinander stehen"[521].

Infolgedessen ist man vor allem Person, resp. Handlungssubjekt *überhaupt*, „nicht von Natur aus, sondern wird es unter bestimmten sozialen Verhältnissen, nämlich dann, wenn Pflichten und Rechte zugeschrieben werden (...). Die Person erscheint also als ein Bündel von Rechten und Pflichten, als ein Status, als ein Fixpunkt für Erwartungen, der, was die Rechte angeht, *bestimmte* Freiheiten zuläßt und im Bereich der Pflichten Freiheit bis auf deren Erfüllung zurückschneidet (...)"[522]. Der Handelnde als Person läßt sich demnach als kein „psychophysisches System", sondern nur als „durch seine Pflichten und seine Freiheiten konstituierter *Kommunikationsteilnehmer*" resp. als „Teilnehmer der normativen Verständigung" begreifen, und zwar in dem Sinne, in dem von ihm „Normbefolgung erwartet wird", wobei niemand „in seiner Eigenschaft als Mensch" haftet, „sondern jedermann nur in derjenigen als Person"[523]. Die Gesellschaft wiederum als „normative Verständigung" selbst konkretisiert sich als „Konstruktion eines Kommunikations-

[517] *Jakobs:* Norm, 1. Aufl., S. 14 ff, 29, 33, 44 ff, 66, 98 f; Handlungssteuerung, a. a. O., S. 951 f; Strafrecht AT, 6/25 ff; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS 3/2004, S. 92.

[518] *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 59 ff, 63 ff.

[519] *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 186 f.

[520] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 27.

[521] *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 44 ff, 80 f, 60, 65 f , 98.

[522] *Jakobs,* Strafbarkeit juristischer Personen?, in: FS Lüderssen, 2002, S. 560 f; vgl. *ders.,* Individuum und Person, S. 257.

[523] *Jakobs:* Schuldprinzip, S. 25 ff; Handlungssteuerung, a. a. O., S. 956; Norm, 1. Aufl., S. 82, 88; Individuum und Person, S. 259; Tun und Unterlassen, S. 31.

zusammenhangs“[524] (bzw. als „Kommunikation zwischen Personen“[525]), der „immer auch anders gestaltet sein könnte, als er konkret gestaltet ist (sonst ginge es nicht um Konstruktion). Da es um Gestaltung geht, und nicht um die Feststellung eines Zustands, bestimmt sich die Identität der Gesellschaft über die Regeln der Gestaltung, also über Normen und nicht über Zustände oder Güter“[526]. Der daraus resultierende gesellschaftstheoretisch fundierte Handlungsbegriff ist *ein normativer Handlungsbegriff*[527].

2. 3. KOMMUNIKATION UND RECHTSBEZIEHUNG

Zuvörderst gilt es ausdrücklich zu bemerken, daß es bei *Jakobs* eigentlich um keine Kommunikation geht, denn in Sinngebung und Sinnfindung erschöpft sich der gegebene Begriff nicht. Vorhanden ist dabei nur noch die sog. einseitige bzw. One-Way Kommunikation, die keine Kommunikation ist (der Brief oder die Vorlesung als solche gelten dafür bekanntlich als typische Beispiele)[528]. Der „monologisch-individualistische“ Ansatz des Finalismus wird hier also durch einen einseitig-„kommunikativen“ ersetzt, wo für den Begriff der Handlung als ausschlaggebend bloßer Sinnanschluß an die Aktion gedacht wird[529]. Jede Kommunikation stellt hingegen eine Interaktion dar. Zwar will *Jakobs* will vielmehr durch parallele Rekurse auf die Interaktion von einem reziproken bzw. symmetrischen Modell der Kommunikation ausgehen, was aber durch schiere „Sinnanschlüsse“ eben nicht zu leisten ist. Doch ginge es nur noch um Differenzen zwischen einem monologisierten und einem interaktionistischen Verständnis von Kommunikation, wäre es halb so schlimm. *Denn Rechtsbeziehung und Kommunikation sind zwei verschiedene Arten der Interaktion*. Die Grenze markiert dabei – nicht mehr und nicht weniger! – institutionelle Kompetenz. Wer die Pflichten erfüllt oder verletzt und verantwortet, kommuniziert im genuin rechtlichen Sinne niemals[530], sondern institutionell kompetent interagiert. Freilich ist auch folgendes evident: Eine Lehre, die das Verbrechen als bloße Kommunikation hinstellt, wie oft und intensiv auch immer auf die Bedeutung der objektiven Maßstäbe für das Strafrecht hinweisend, bildet ihrem Wesen nach Subjektivismus. Und wenn man sich ratlos vor das Dilemma stellt: Rechtsgutsverletzung oder Normwiderspruch, so verfehlt man vor allem den Sinn des letzteren Phänomens auf die *Hegel*sche Art[531].

---

[524] *Jakobs,* Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, in: ZStW 107 (1995), S. 847 f.

[525] *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 186 f.

[526] *Jakobs,* Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, S. 848.

[527] *Jakobs,* Handlungssteuerung, a. a. O., S. 956; s. dabei zur Kritik der „rein normativen“ Auffassung *ders.*, Norm, 1. Aufl., S. 51.

[528] *Watzlawick et al.,* Menschliche Kommunikation, S. 40 ff.

[529] *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 83.

[530] S. aber auch *Grasnick,* Luhmann ante portas. Systemtheoretische Überlegungen zur Hauptverhandlung im Strafverfahren, in: FS Lutz Meyer-Gossner, 2001, S. 207 ff.

[531] S. die Kritik *L.-G. Kutalia,* Die Schuld im Strafrecht, S. 854 f.

3. LEISTUNGSFÄHIGKEIT DER NORMATIVITÄT

3. 1. INSTITUTION

Der Sinn der Begehung wie der Unterlassung liegt nach dem negativen Handlungsbegriff „nicht im Faktum der Körperaktivität einerseits und im Faktum des Fehlens bestimmter Körperaktivität andererseits, sondern in etwas nicht Naturalistisch-Faktischem, nämlich in der Zuordnung von Erfolgen zu einem Menschen (...). Hier wie dort geht es um Zuschreibung zu Garanten, nicht um Natur“[532], resp. um „Zuständigkeit“ als „*normativen* Ansatz“ bezogen auf einen *“negativen“* resp. *„positiven Status“*[533] des Handelnden, denn „die Gestalt der Gesellschaft“ kristallisiert „nicht in Naturalismen oder gesellschaftsfern gefundenen Strukturen, sondern in Institutionen“[534]. Nicht zuletzt beabsichtigt dabei diese Vorgehensweise eine Umdenkung der traditionellen Stellung des „Tuns“ als Schlüsselbegriff der strafrechtlichen Zurechnungslehre, wonach das Unterlassungsdelikt als „Ausnahme“ immer einer „stärkeren Legitimation“ bedarf[535].

Geht man dabei von einem Verständnis von strafrechtlich relevantem Verhalten als „vermeidbarer Erfolgsherbeiführung“ aus, so läßt sich das sowohl auf Begehungs- als auch Unterlassungsdelikt mit entsprechenden Relativierungen[536], wie dies vom Kausalismus bis Personalismus der Fall war, erstrecken[537]. Daß es im ersteren Falle nicht bloß beim Vorliegen eines Sonderdelikts der Garantenstellung bedarf, wird bei *Jakobs* wie folgt argumentiert: Sollte der Begehungstäter nicht Garant für die Vermeidung des ihm zurechenbaren Verlaufs sein, wäre auch keine Haftung begründbar[538]. Doch die Vermeidbarkeit und die Garantenstellung sind hier wesensmäßig eben niemals generalisierbar. So ist keine vorsätzliche Begehung strafrechtlich „Vermeidbarkeit der Erfolgsdifferenz“, denn das Strafrecht differenziert[539], scil. zwischen initiativer Agression und vermeidbarem Irrtum[540]. Ähnliches gilt für Garantenstellung, denn auch hier muß man differenzieren, scil. zwischen Garantensorge und fremder Nicht-Störung.

Viel wichtiger fällt hingegen die Erhebung der Institutionen – *die aber niemals nur als verrechtlichte Empirismen, sondern vor allem auch als genuin rechtliche Konstrukte zu*

---

[532] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 32 f; vgl. *ders.,* Tun und Unterlassen, S. 36 f.

[533] Was sich keinermaßen mit einer Scheidung von Tätigkeiten und Unterlassungen selbst identifiziert: *Jakobs,* Tun und Unterlassen, S. 35 f und passim; vgl. *Husserl,* Negatives Sollen im bürgerlichen Recht, 1931, S. 37.

[534] *Jakobs,* Tun und Unterlassen, S. 43.

[535] Ibid., S. 13, 42.

[536] *Jakobs:* Handlungsbegriff, S. 30 ff, 41 ff; Tun und Unterlassen, S. 22; zur Vermeidung als „objektive Aufgabe“ ibid., S. 26 f.

[537] S. die Kritik u. a. bei *Gropp,* Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, 2/62 ff.

[538] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 31.

[539] Vgl. *Roxin,* Strafrecht AT I, 8/46.

[540] Und ansonsten wandelt man das Verbrechen, wie dies *Stratenwerth,* Strafrecht AT I, 4. Aufl., S. 79 treffend bemerkt, zum „reinen Abstraktionsprodukt“.

begreifen sind – zum Leitpunkt aus. Denn möglich ist an sich auch das Gegenteil[541], indem das interessierende Problem mit der traditionellen Differenzierung zwischen Pflicht- und Herrschaftsdelikten konfrontiert wird. Nach *Jakobs* handelt es sich jeweils um „Delikte kraft institutioneller Zuständigkeit" und „Delikte kraft Organisationszuständigkeit", wobei im ersteren Falle das „ordnungsgemäße Funktionieren der elementaren Institutionen" als spezifischer Gegenstandsbereich einer normativen Erwartung dem „In-Ordnung-Halten des eigenen Organisationskreises" im letzteren Falle in derselben Eigenschaft entgegensteht[542]. Genauer bilden demnach Begehung wie Unterlassung im hier aktuellen letzteren Falle „Organisationen des eigenen Bereichs zu Lasten des Opfers" resp. „Organisationsanmaßungen", die aber, was die Generalisierung der Garantenstellung angeht, keine Berufung auf die „Trennung der Organisationsbereiche als Institution" erfordern[543]. Dies kann allenfalls als bloße Relativität, nicht aber als radikale Trennung gedacht werden. Ohnehin geht es niemals lediglich darum, daß es nur bei einem Abschnitt deliktischer Verhaltensweisen auf „Institutionen" bzw. „Pflichten" und bei anderem nur auf „Organisation" bzw. „Herrschaft"[544] ankommt; vielmehr ist das „Pflichtdelikt" oder eben gleichermaßen: das „Delikt kraft institutioneller Zuständigkeit" überhaupt eine tautologische Darstellung dessen, was sich als „Handlung" aus der *allgemeinen* Gestalt der Gesellschaft insoweit erschließt.

3. 2. SUBJEKT DER RECHTSBEZIEHUNG

Worauf es ankommt, ist ein genuin sozial unveräußerlicher genereller Status: *Subjekt der Rechtsbeziehung resp. institutionell kompetenter Interaktionspartner*, was heißt, die leitende, genuin sozial allgegenwärtige Institution heißt eben *diejenige „der rechtlichen Verfaßtheit der Gesellschaft"*[545] *selbst*. Menschen tragen also bestimmte „Rollen" in der Gesellschaft nicht nur kraft in gewissen sozialen Teilbereichen vorfindbarer „geprägter Verbindung" gegenüber den einzelnen und bei manchen Deliktsarten[546], sondern sowohl innerhalb wie auch außerhalb dieser „Verbindung" gegenüber allen[547] und bei jedem deliktischen Verhalten: Es kommt auf die Person als „Rollenträger" an, genauer im hier aktuellen Zusammenhang: auf die „Rolle des Bürgers, der die Strafrechtsnormen beachtet"[548]. Eine Differenzierungsmöglichkeit bleibt jedoch allemal erhalten, nur ist sie wesentlich formaler. Es geht um unterschiedliche Formen der „Pflichtenstellung" bzw.

[541] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 31 f.
[542] *Jakobs:* Strafrecht AT, 1/7; Tun und Unterlassen, S. 19 ff, 29 f und passim.
[543] *Jakobs:* Handlungsbegriff, S. 32; Tun und Unterlassen, S. 38.
[544] Kritisch zum letzteren Moment *Jakobs,* Tun und Unterlassen, S. 32.
[545] Ibid.
[546] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 31.
[547] Dies hat in seiner Allgemeinheit u. a. nichts mit dem Solidaritätsprinzip gemeinsam, da es insoweit eben um keine Positivität oder Negativität, um kein liberales oder illiberales Verständnis von Gesellschaft überhaupt geht.
[548] *Jakobs:* Tun und Unterlassen, S. 43; Schuldprinzip, S. 29.

der „institutionellen Zuständigkeit“. Man mag sogar über Pflichten kraft *„allgemeiner“* institutioneller Kompetenz („Jedermannspflichten“) und Pflichten kraft *„spezieller“* institutioneller Kompetenz („Sonderpflichten“) sprechen. Jedenfalls, und darauf kommt es an, kann der Delinquent in keiner anderen Eigenschaft als in derjenigen „handeln“, in der er auch „haften“ soll. Beispielhaft gesprochen: Nicht nur Autofahrer oder Fußgänger können demnach nur als Subjekte der strafrechtlichen Beziehung delinquieren, sondern auch Vormund oder Justizbeamter sind dabei erst in diesem, „weiteren“ Sinne als institutionell kompetente Interaktionspartner aktuell. Ob es um „Pflichten“ aus dem „besonderen Vertrauen“, „staatliche Pflichten“ etc. geht[549] oder nicht, ist in beiden Hinsichten von *institutionalisierter* Erwartung als Konstituens der sozialen Interaktion auszugehen.

Ohne Bezugnahme auf Institutionen, und zwar stets als zentraler Maßstab, läßt sich also keine sozial diskursive Sinndeutung erreichen[550], was in demselben resp. allgemeintheoretischem Kontext nicht zuletzt heißt: Die Pflichten lassen sich immer wieder u. a. auf einen „Status“ zurückführen, *den* der Begehungs- oder Unterlassungstäter gemäß dem institutionell maßgeblichen Gesamtbild der Gesellschaft innehat[551]. – Nichts wird jenseits der institutionell kompetenten Interaktion genuin sozial „garantiert“. Wie jede weitere Differenzierung innerhalb *dieses* Bezugsrahmens erfolgt, ist zwar aus der Perspektive einer konkreten Verfassung der Gesellschaft bei weitem nicht irrelevant, kann aber sie als Konstruktion in ihrer Allgemeinheit resp. „Gesellschaft überhaupt“ bereits nur noch voraussetzen[552]. Wie man wiederum Institutionen ordnet bzw. welche davon als „elementarere“ oder „speziellere“ et alius anzusehen sind, ist dabei auch in ersterer Hinsicht ein nachrangiges Problem.

3. 3. DIE „GENUINEN“ GEBOTE

Alles in allem kommt man zu einem ähnlichen Ergebnis auch nach der Handlungslehre von *Jakobs*, wenngleich an der o. e. weniger „formalen“ Differenzierung weiter festgehalten[553] resp. das, was hier in den Vordergrund gestellt, dort bei diesem Punkt stillschweigend mitgedacht wird. Die Unterschiede zwischen einem normativ möglichen und einem funktional aktuellen Gesichtspunkt, was die hinsichtlich des generellen Status des „Handlungssubjekts“ problematisierbaren Konsequenzen anbelangt, können an dieser Stelle noch dahinstehen. Hervorzuheben ist vor allem, daß hier vor- oder quasisozialen Handlungskonzepten immanente Korrelation zwischen Begehung und Unterlassung wie deren dabei vertretene systematische Stellung grundsätzlich überwunden wird. Die anfangs angedeutete Unmaßgeblichkeit der Suche nach einer „Tätigkeitsähnlich-

[549] S. *Jakobs*, Tun und Unterlassen, S. 33 ff.

[550] Näher *Jakobs*, Tun und Unterlassen, S. 19 ff.

[551] Sonst ginge es eben nur um *„eine“* Institution, obgleich nicht rundweg in einem nach *Jakobs* abgelehnten Sinne: *ders.*, Tun und Unterlassen, S. 32.

[552] *Jakobs*, Tun und Unterlassen, S. 30, 40.

[553] Ibid., S. 32, 34.

keit“ der Unterlassung resp. die Bedeutung der Trennung von Tun und Unterlassen als rein „technische Frage“ setzt hierbei folgendes voraus: Der strafrechtstheoretisch maßgebliche Blickwinkel konzentriert sich auf die Ebene der Pflichtenstellung, deren Gliederung in eine „negative“ und eine „positive“ Seite zwar sehr wohl die Art und Weise der strafrechtlichen *„Handlung“* bestimmt, nichts aber zu dieser Bestimmung durch Differenzen zwischen Tun und Unterlassen beitragen läßt, *indem* sie bloß als ubiquitäre Details innerhalb des allgemeinen Bezugsrahmens erfaßbar sind[554]. Bereits deshalb vermag aber die Differenzierung zwischen „Begehung“ und „Unterlassung“ in keiner Hinsicht die Qualität zu erreichen, die auch mit derjenigen zwischen „Handlungsformen“ identisch sein könnte. Das gegebene Moment, das genuin sozial auch im Falle von weiteren strafrechtlich relevanten „Verhaltensweisen“ zutage tritt, wird bei *Jakobs* freilich nicht direkt thematisiert, die bei *ihm* wenig früher vorgezogene Parallelisierung von Begehung und Unterlassung unter dem Oberbegriff des „Verhaltens“[555] (nicht unter demjenigen der „Handlung“) läßt sich aber bereits nicht auf die Oberflächenstruktur des Problems reduzieren.

Ausgegangen wird im aktuellen Kontext in erster Linie von Unzulänglichkeiten eines radikal „bürgerlich-liberalen“ Ansatzes, der den rechtlich relevanten Gesichtspunkt seinem Wesen nach in Verboten erschöpft, resp. rechtlich keine *„genuinen“* Gebote zuläßt[556]. Diese vor allem auf *Kantische* Sicht wie auf *Hegels* Rechtsphilosophie zurückgehende Annahme identifiziert im Ergebnis die Trennung von Begehungsdelikten und Unterlassungsdelikten mit derjenigen von Recht und Moral[557]. Nun ist aber gesellschaftstheoretisch die Negativität von liberalen Normen selbst überhaupt nicht allein durch diejenige von Verboten erschließbar[558], wonach wiederum „der Schnitt, der liberale Normen von illiberalen scheidet, trennt nicht Tun und Unterlassen, sondern verläuft durch Tun und durch Unterlassen“[559]. Ebensowenig paßt demnach in den gesellschaftlich aktuellen Zusammenhang auch der gleichsam weniger (im wesentlichen also eben auf die Auffassung *Kants* beruhende[560]) liberale Ansatz *Feuerbachs* bzw. *sein* „Regel-Ausnahme-Verhältnis“, konkretisiert einerseits in der „ursprünglichen Verbindlichkeit“, andererseits im „besonderen Rechtsgrund“, der mitunter auch zu genuinen Geboten führen kann[561]. Denn im ersteren Bereich (dessen auf „liberaler Grundlage“ basierender „negativer Inhalt“ lautet: „Der andere soll in seinem Bestand nicht beeinträchtigt werden!“[562]) heißt der „normative Oberbegriff“ eben nicht das „Verbot“, sondern die *„Organisationszuständigkeit“*, die in ihrer Negativität zunächst einmal auch (die von einem „besonde-

[554] Ibid., S. 36 ff, 42 f.
[555] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 31.
[556] *Jakobs,* Tun und Unterlassen, S. 12 f.
[557] Ibid., S. 13.
[558] S. Ibid., S. 17 f, 21.
[559] Ibid., S. 42.
[560] Ibid., S. 11 f.
[561] Ibid., S. 13, 18.
[562] Ibid., S. 29.

ren Rechtsgrund“ unabhängige) Gebote des Inhalts umfassen muß, „Gefährdungen zu verhüten, die aus dem eigenen Organisationskreis ohne aktuelle Tätigkeit des Inhabers für fremde Güter entstehen“[563]. Im Rahmen derselben negativen Beziehung kommt es aber überdies auf eine Begrenzung von Verboten selbst an, und zwar i. S. der Ausschließung eines „Zwangs zur Solidarität“, wonach verbotsrelevant hier nur solche „Verletzungsfolgen“ zu vermeiden sind, die „nicht zur Organisation einer dritten Person oder des Opfers selbst gehören oder vom Opfer als Unglück zu tragen sind“[564]. Was wiederum den „Solidaritätsgrundsatz“ im allgemeinen aus der Perspektive des gegebenen gesellschaftlich fundierten Bezugsrahmens anbelangt, so läßt er sich (in seiner Positivität als „besonderer Rechtsgrund“), wie schon den oben hervorgehobenen Momenten zu entnehmen ist, ebensowenig als traditionelles Differenzierungskriterium nachweisen: Auch aus Verboten resultieren Pflichten zur Solidarität, und Gebote sind nicht immer im Lichte der Solidarität erklärbar[565].

3. 4. VERHALTENSFREIHEIT UND FOLGENVERANTWORTUNG

Hält man an einer Distanzierung des leitenden Gesichtspunkts von instrumentellen Kriterien weiter fest, so führt dies beim negativen Abschnitt nach der Konzeption von *Jakobs*[566] zum *Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung*[567]: „Durch das Organisationsverhalten der Menschen wird die Gestalt der Welt kontingent, und deshalb ist es zum Ausgleich erforderlich, die Menschen zu Personen zu wandeln, also zu Rollenträgern, die nach festen Standards ihre Organisationskreise verwalten und im Fall fehlerhafter Verwaltung zur Verantwortung gezogen werden, also als maßgebliche Gründe des Fehlers definiert werden“[568]. Hierbei erstreckt sich die Pflicht, „den Organisationskreis in einem gefahrlosen Zustand zu halten“, sowohl auf die Ebene der „körperlichen Gegenstände“ (ita utere tuo ut alienum non laedas) wie auch auf diejenige des „Gebrauchs von Rechten“ (obligatio est iuris vinculum), beides u. a. eben in dem Sinne, in dem die Person der Pflicht kraft Organisationszuständigkeit verbots- oder gebotsrelevant nachzukommen hat[569].

Die endgültige Marginalisierung eines instrumentell radizierten negativen Aspekts ergibt demzufolge die Neubestimmung des Inhalts der „ursprünglichen Verbindlichkeit“, wonach der Inhaber des Organisationskreises „den Preis für Freiheit zahlen“ muß, scil. „den eigenen Bereich der freien Organisation in für andere Personen gefahrlosem Zu-

[563] Ibid., S. 21 ff, 29 f.
[564] Ibid., S. 26 ff.
[565] Näher ibid., S. 20, 22, 25 und passim.
[566] Ibid., S. 20 ff, 31 f; s. zur „Konformitätserwartung“ als Gegenstück zur Verhaltensfreiheit, scil i. S. einer Konformität „innerhalb festumrissener Rollen des Bürgers“ *ders.,* Schuldprinzip, S. 29.
[567] Vgl. u. a. mit dem Begriff von „choosing subject“: *Ramsay,* The Responsible Subject as Citizen: Criminal Law, Democracy and the Welfare State, in: MLR, 2006, S. 33 und passim.
[568] *Jakobs,* Tun und Unterlassen, S. 31.
[569] Ibid., S. 20 f.

stand zu halten", *und zwar „wie auch immer"* – Durch „Nichtstun" oder eben auch durch „Arbeit", durch „Tätigkeit"[570]. Zum o. e. Aspekt der Komplexität der Organisationszuständigkeit tritt dabei ein weiterer hinzu, scil. die Gebote innerhalb der „ursprünglichen Verbindlichkeit" betreffen hiernach nicht nur die „Verkehrssicherungspflichten", sondern auch im Falle der Ingerenz in oder ohne Verbindung mit „Sicherungspflichten" (also ungeachtet dessen, ob der Schadensverlauf aus dem Vorverhalten den „Organisationskreis des Zuständigen" noch nicht oder bereits verlassen hat) geht es um Haftung aus negativer Beziehung, wie auch in demjenigen der Übernahme einer Verrichtung, bei der als konkreter Grund der Haftung „einzig die zurechenbare Organisation der Schutzminderung" dargestellt wird, indem der Übernehmende durch sein Versprechen einer Leistung „eine Schutzminderung organisiert und diese ausgleichen muß"[571].

Hauptsächlich sollen hiermit die im Rahmen einer „Theorie der äußeren Welt"[572] unsichtbaren gesellschaftlich aktuellen Aspekte sichtbar gemacht werden. Naturalistisch „gestaltet" die Unterlassungstat nichts. Deshalb treten in den Vordergrund nicht solche Naturalismen wie „Tun" und „Unterlassen", sondern unabhängig von denen die institutionell bestimmte Gestalt der Gesellschaft, und dies ist wiederum nach *Jakobs*scher Auffassung die Ebene des *Handlungsbegriffs* („Nicht die Natur lehrt, was Handlung ist")[573]. Auch bei der bereits erwähnten Einschränkung der „ursprünglichen Verbindlichkeit" in ihrem Verbotsteil kommt es demnach auf das Kriterium der objektiven Zurechnung an, *das* auch verbotsrelevant nur solche Schadensverläufe erfaßbar macht, die „nicht durch die Organisationsfreiheit anderer Personen zu erklären sind", sondern „sich nur bei einem Verweis auf die eigene Organisationsfreiheit erklären lassen"[574]. Vor allem handelt es sich hier beim Ausschluß der objektiven Zurechenbarkeit zugunsten der Verhaltensfreiheit um das erlaubte Risiko, wobei wiederum weder das gegebene noch ein anderes Institut der objektiven Zurechnung „spezifisch auf die Zurechnung von Tätigkeiten zugeschnitten ist; vielmehr liegt die Notwendigkeit der Übertragung in den Unterlassungsbereich auf der Hand: Wer ein erlaubt riskantes Unternehmen tätig ins Werk setzen darf, muß nicht hindernd eingreifen, wenn sich ein solches Unternehmen ohne sein Zutun entwickelt"[575]. Demgemäß kommt es auch bei der „Gemeinsamkeit" aus sozialen Kontakten niemals auf die Zwecke an, die ein Partner außerhalb des „Gemeinsamen" verfolgt, und nicht anders bestimmt sich der Umfang der Verhaltens- resp. Organisationsfreiheit u. a. auch im Falle des Handelns auf eigene Gefahr, denn im Rahmen der negativen Beziehung als „Beziehung unter gleichen" hat es „jeder, auch das Opfer, für eigene Organisationen selbst einzustehen"[576]. Das aber sind vor allem Konsequen-

[570] Ibid., S. 13, 21, 42.
[571] Ibid., S. 21 ff.
[572] Ibid., S. 7.
[573] Ibid., S. 12, 43.
[574] Ibid., S. 26 f.
[575] Ibid., S. 27 f.
[576] Ibid., S. 11 ff, 28 f.

zen, über die gerade keinen Aufschluß eine instrumentell mögliche Negativität bietet, die ihrerseits zwar bei weitem nicht eliminiert werden soll, keineswegs jedoch per se resp. in ihrer Instrumentalität selbst (so wie ein instrumentell möglicher positiver Aspekt zunächst einmal bereits innerhalb der „ursprünglichen Verbindlichkeit“) strafrechtlich relevant sein kann, sondern nur im Lichte einer „Kontextabhängigkeit“[577].

3. 5. DER POSITIVE UND DER NEGATIVE STATUS

Umfaßt wiederum die gesellschaftlich aktuelle Gestalt der „ursprünglichen Verbindlichkeit“ in ihrer Allgemeinheit sowohl den „negativen“ als auch den „positiven“ Gesichtspunkt nach einem instrumentellen Verständnis, so führt dies zu keiner Reduzierung der gesellschaftstheoretischen Sichtweise auf den in o. a. Weise modifizierten liberalen Ansatz; vielmehr geht es um dieselbe Neubestimmung der positiven Beziehung innerhalb des „besonderen Rechtsgrundes“ wie der negativen im Falle der „ursprünglichen Verbindlichkeit“ bzw. „so wenig die Pflichten aus Organisationszuständigkeit allein durch Verbotsverstöße verletzt werden, so wenig schafft ein ‚besonderer Rechtsgrund‘ allein Gebote“[578], und die auf eine „gemeinsame Weltgestaltung“ gerichteten „einschlägigen Institutionen“ sind dabei gesellschaftlich eben gleichermaßen unverzichtbar[579]. Was also nur instrumentell als Hauptkriterium für die Differenzierung zwischen „ursprünglicher Verbindlichkeit“ und „besonderem Rechtsgrund“ erscheint, spielt insofern nicht einmal eine periphere Rolle: „Die Besonderheiten des positiven Status gegenüber dem negativen Status (...) haben nichts mit einer Scheidung von Tätigkeiten und Unterlassungen zu tun. Damit steht fest, daß diese Scheidung überhaupt, bei den negativen wie bei den positiven Beziehungen, nur die Technik betrifft, mit der ein Verpflichteter seinen Pflichten nachzukommen hat, also Fragen von durchaus sekundärer Bedeutung. Die Grundfragen – Was ist der eigenen Organisation zuzuschlagen und was derjenigen eines anderen? Welche Institution generiert strafrechtlich gesicherte Pflichten zur Gestaltung einer gemeinsamen Welt? – diese primären Fragen hängen mit der Trennung von Tun und Unterlassen nicht zusammen, betreffen vielmehr jeweils beides, und die Form der Norm – Verbot oder Gebot – hängt von der zufälligen Ausgestaltung der Organisation der Adressaten ab“[580].

Ein aus den letzteren Komponenten resultierender Zusammenhang bildet, mit anderen Worten, „keine Frage des Pflichtgrundes“, sondern „eine solche des zufälligen Stands der äußeren Dinge“[581]. Demnach geht es im Falle der Tätigkeit wie der Unterlassung „um dieselbe Organisationszuständigkeit oder um denselben ‚besonderen Rechtsgrund‘, letztlich um dieselbe unverzichtbare Institution“, woraus sich im Unterschied zu den na-

[577] Ibid., S. 25.
[578] Ibid., S. 33.
[579] Ibid., S. 32, 41, 43.
[580] Ibid., S. 35 f.
[581] Ibid., S. 37.

turalistisch geprägten liberalen Konzepten bzw. aus der Arbeitstheorie *Lockes* abgeleiteten quasisozialen Prinzipien „eine völlige Kongruenz der Haftung für Tun mit derjenigen für Unterlassen“ ergibt[582]. So verläuft nach der gegebenen Sichtweise die maßgebliche Grenze am Beispiel des Gewissenstäters innerhalb sowohl der positiven als auch der negativen Beziehung „zwischen einerseits solchem gewissenhaften Verhalten, das die Personalität des anderen hauptsächlich respektiert, und andererseits hauptsächlicher Respektlosigkeit“[583], in keinem Maße hingegen zwischen naturalistischen Spezifika. Mehr noch: Die Ubiquität der (psycho-)physischen „Verhaltensgestalt“ innerhalb des theoretisch maßgeblichen Gesamtbilds steht dabei zu derjenigen einer konkreten „Form der Norm“ selbst in keiner absoluten Dependenz; vielmehr läßt sich hiernach vor allem ein „faktisch schädigendes Tun“ bei liberalem Verständnis nicht immer als Verstoß gegen ein Verletzungsverbot (u. a. im Falle des Abtreibungsverbots) begreifen, so wie ob Unterlassen einem Verbot oder in demselben Falle einem Gebot zuwiderläuft, kann unter dem „primären“ wie unter dem „sekundären“ Aspekt im o. e. Sinne gerade gleichbedeutend sein, was sich zumindest am Beispiel der Ingerenz deutlich zeigen läßt[584].

3. 6. STRAFRECHTSTHEORETISCHE UND -TECHNISCHE BEFUNDE

Anders als nach instrumentellen Maßstäben, seien es *Radbruch*scher Ausprägung als Ergebnis rein kausalistischer Vorgehensweise oder spezifiziert gemäß dem „sachlogischen“ Befund der Psychomechanik nach *Arm. Kaufmann*, erweist sich hiermit wiederum, wie schon bei *Hegelianern*, jede Dualisierung des *Begriffs* der Handlung im Hinblick auf Begehung und Unterlassung auch für die *Jakobs*sche Auffassung als durchaus fremd[585]. Den Ausschlag geben aber dabei keine bloß abstrakt-rechtlichen Kriterien, sondern eine gesellschaftstheoretisch fundierte Zurechnungslehre, die in ihrer „Einheitlichkeit“ auf das Phänomen der „Zuständigkeit“ resp. auf dasjenige der „Institution“ als spezifisch sozialen Leitpunkt abstellt, was noch einmal genauer heißt: einen jenseits der Problematik der Trennung von Tun und Unterlassen auch strafrechtlich differenzierbaren „Status“ des Handlungssubjekts voraussetzt[586]. Metainstrumentelle *Gemeinsamkeit* von Tun und Unterlassen einerseits und deren freilich nur „technisch“ interessierende *Gleichwertigkeit* innerhalb dieser Gemeinsamkeit andererseits bilden folglich das hier aktuelle Ergebnis. Inwieweit dabei der soziale Gesichtspunkt erschöpft wird, ist eine andere Frage. Jedenfalls läßt sich angesichts der oben betonten Aspekte ohne weiteres konstatieren, daß die Bestimmung der strafrechtlich relevanten Spezifik der Begehung und Unterlassung hier im Unterschied zu den vorhergehenden Konzeptionen – und dies ist insoweit eben das Wesentliche – nicht mit Ignorierung von genuin sozialen Momenten erfolgt.

[582] Ibid., S. 7 f, 36 f.
[583] Ibid., S. 40 ff.
[584] Ibid., S. 15, 39 und passim.
[585] Ibid., S. 16 ff.
[586] Ibid., S. 42 f.

3. 7. „ENTZAUBERUNG“

3. 7. 1. ZUSTÄNDIGKEIT UND NORMGELTUNGSSCHADEN

Ebensowenig sind hier Vorsatz und (individuelle) Fahrlässigkeit bloß naturalistisch aktuell resp. auf der Ebene der „psychischen Fakten“ strafrechtlich erklärbar, sondern als „Formen der Vermeidbarkeit“ *im Lichte der Normativität* bzw. als Formen, in denen „ein Defizit dominanter Normbefolgungsmotivation“ zutage tritt[587] (alllerdings kann das letztgenannte Moment keineswegs lauten, daß das Verhalten vermeidbar war, sondern es kommt auf die Vermeidbarkeit dieses „Defizits der Normbefolgungsmotivation“ selbst an, also darauf, ob die falsche Motivation vermeidbar war, denn erst in solchem Fall kann überhaupt die Rede von einem vermeidbaren Verhalten sein). Der fahrlässig Handelnde entwirft demnach aus der Perspektive eines „kommunikativ relevanten Sinndeutungsschemas“ im Hinblick auf das Merkmal der „*individuellen* Vermeidbarkeit“ „eine Welt, in der (...) Folgen bei der Kalkulation der Handlungskosten es nicht wert sind, berücksichtigt zu werden (...). Solches Nichtbedenken, weil nichts als bedenkenswert erscheint, *ist* eine Stellungnahme, nämlich eine Abwertung des Nichtbedachten“[588]. Daneben wird es versucht, Abstraktifizierungen zu vermeiden, und zwar nicht nur in dem Sinne, in dem kein „Kommunikationsteilnehmer“ ohne das „psychophysische System“ möglich sein kann, sondern vor allem im Hinblick auf das in der objektiv-finalen Handlungslehre betonte Merkmal der objektiven „Berechenbarkeit“ eines strafrechtlich relevanten Geschehensablaufs[589].

Die modernen Schuldkonzepte setzen nach *Jakobs* in einem insoweit aktuellen Kontext die „Entzauberung der Welt“ im *M. Weber*schen Sinne resp. die „Beherrschbarkeit der Welt“ durch „Berechnen“ voraus, indem dies die Möglichkeit für Einbeziehung des Zweckmoments in das Schuldprinzip ergibt. Bleibt aber im Rahmen eines „gesellschaftlichen Weltverständnisses“ die „grundsätzliche Beherrschbarkeit der Welt“ unerkannt, so kommt es nach derselben Auffassung der „Vermeidbarkeit“ selbst keine im Zurechnungszusammenhang thematisierbare Signifikanz zu[590]. Liegt sonach im Ergebnis eine Erweiterung des in der objektiv-finalen Konzeption entwickelten Gesichtspunkts vor, indem die *gesellschaftlich* denkbare Spezifizierung des objektiven „Sinns“ zu kontroversen Ergebnissen hinsichtlich des aktuellen Problems führen kann, so betrifft das hier generell sowohl den Bereich des spezifisch Sozialen als auch bloß denjenigen des gesellschaftlich Unverzichtbaren.

Im Unterschied zur Schuldhaftung im o. e. Sinne geht es bei der Erfolgshaftung in einer noch nicht „entzauberten Welt“ nur noch um „Verstrickung in die Katastrophe“ bzw.

---

[587] *Jakobs:* Fahrlässiges Erfolgsdelikt, S. 34 ff und passim; Schuldprinzip, S. 20 f; Handlungsbegriff, S. 25 f, 39; Strafrecht AT, 9/2, 4.

[588] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 25 f.

[589] *Jakobs:* Norm, 1. Aufl., S. 45 f und passim; Handlungsbegriff, S. 28.

[590] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 10 f, 14.

„schicksalhaft erfolgende Verflechtung in Unheil“, da sich der „Riß im Weltgebäude“ nicht anders als nach „eigenen Regeln“ des „Naturmythischen“ ausgleichen läßt[591]. Freilich bleibt es im Falle der Erfolgshaftung nicht bei einer naturalistischen Verursachung des Erfolgs, vielmehr wird „Erklärung von Störungen des sozialen Lebens durch Zurechnung“ als „starke gemeinsame Wurzel“ von Erfolgshaftung und Schuldhaftung dargestellt: „Nicht die Erfolgsverursachung per se, sondern der Normverstoß bildet die soziale Störung“[592]. Wiederum sind insofern Norm(-geltung), objektiver Maßstab und „Kommunikation“ als keine inhaltsbeliebigen Zufallsgrößen, sondern erst als Einheit maßgeblich, die in einem für Schuldstrafrecht relevanten Handlungsbegriff – *„Handlung als Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“*[593] – die Leistungskraft sozialer Sinndeutung hervorkehren sollen.

Bei der *Zuständigkeit* und dem Begriff des *Normgeltungsschadens* geht es hierbei um gesellschaftlich relevantes Minimum am „Handlungsbegriff“ bzw. seine „Allgemeinheit“ als „Passepartout zu diversen sozialen Systemen“, scil. nicht nur in bezug auf das Erfolgshaftungsstrafrecht („Handlung als Sich-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“), sondern gleichermaßen in bezug auf die „Zustandshaftung“ („Handlung als Zuständig-Werden für einen Normgeltungsschaden“)[594]. Kommt es nun im Unterschied zur Schuldhaftung in einem wie in anderem Fall zu keinem Zurechnungssystem, nach dem der Willensmangel „*be*lasten“ oder der Wissensmangel „*ent*lasten“ kann, so mögen die Gründe dafür eben unterschiedlich ausfallen, weil etwa der intellektuell-voluntative Zusammenhang bereits kategorial nicht denkbar (wie bei der Zustandshaftung) oder aber wenn an sich denkbar, jedenfalls nichts für die Aktualität von Wissensfehlern und Willensfehlern besagen kann[595] (wie im Falle der Erfolgshaftung), was wiederum gesellschaftlich determiniert bleibt.

Als Erstes sind hiermit keine bloß linearen Vergleiche im Bereich des gesellschaftlich Relevanten möglich: Setzt das „institutionelle Weltgebäude“ keine „Welt nach Naturgesetzen“[596] voraus, so geht es allenfalls um Erfolgshaftung, zu der die intellektuell-voluntativen Momente in keiner Hinsicht, also auch als keine Naturalismen, Beitrag leisten; durch die Abstellung auf eine „naturgesetzliche“ Beherrschbarkeit der Welt verwandeln sie sich jedoch ebensowenig in naturalistisch aktuelle Charakteristika der Schuldhaftung, aber in deren gesellschaftlich relevantes Spezifikum, und die o. e. Korrelation zwischen Wissens- und Willensfehlern beschränkt sich in einem solchen Zurechnungssystem auch nicht auf „Haftungsbegründung“ per se[597]. Worauf es hier in ihrer Allgemeinheit ankommt, sind die „Antriebsseite“ und die „Wissensseite“ *als „Bedingungen der*

[591] Ibid., S. 11, 19, 22 und passim; *ders.*, Handlungsbegriff, S. 18.
[592] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 11 f.
[593] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 44.
[594] Ibid., S. 14 f, 44.
[595] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 9, 12 ff, 23 ff.
[596] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 18.
[597] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 9 f.

Normbefolgung" resp. eine „voluntative Leistung" bezogen auf ein „Motiv, sich nach der Norm zu richten" und eine intellektuelle bzw. „kognitive Leistung" zurückgeführt auf die „psychische Fähigkeit, die Norm, um die es geht, zu finden und ihr nachzukommen"[598], die sich wiederum auch jenseits der prinzipiellen Differenz zwischen Schuld- und Erfolgshaftung als gesellschaftlich spezifizierbar erweisen. Was ist aber der eigentliche Grund dafür, und zwar vor allem im Hinblick auf die Wissensseite?

3. 7. 2. KALKULATION

Im Unterschied zu einer noch nicht „entzauberten Welt" als einem „sinnvollen Zusammenhang" können nach *Jakobs* „am Gebäude der entzauberten Welt keine störenden Risse mehr verursacht werden, da seine Gestalt ohnehin zufällig ist, und keinen Sinn mehr erkennen läßt"[599]. Wird nun als Folge der „Entzauberung" die „Unverrückbarkeit" der Naturgesetzte (wie u. a. der „Gesetze der Logik, Mathematik") erkannt, so sind nach einem solchen Weltbild gerade die „fehlerfreie Kalkulation" und mithin die „Deckung von Planen und Vollbringen" ausschlaggebend, wovon ihrerseits die „kommunikative Maßgeblichkeit" des Verhaltens abhängig gemacht wird[600]. Da also in einer Gesellschaft, die „mit der äußeren Welt zweckrational umgeht", das Gegenteil „kein taugliches Muster abgibt", vermag bereits der Tatbestandsirrtum als Irrtum über „den Stand oder den Lauf der äußeren Welt" allemal zu entlasten, scil. im Falle dessen Unvermeidbarkeit wie der Fahrlässigkeit[601]. – In beiden Fällen geht es um „mangelnde Organisationskompetenz"[602], i. e. der Grund, aus welchem die Fahrlässigkeit als Irrtum die Schuld erheblich mindert, ist derselbe, aus welchem der unvermeidbare Irrtum sie ausschließt: Defektive „Kalkulation" in einer „grundsätzlich beherrschbaren" Welt. Daß es dabei in letzterer Hinsicht einer absoluten Haftungsneutralität diesmal die absolute Straffreiheit gegenübersteht, daß also der Bereich der nicht voraussehbaren „Wirkungen" kein *straf*rechtliches Interesse hier erweckt, wäre demnach nach gesellschaftsfremd erfaßten Kriterien ebenso inkonzeptibel, wie schon das Phänomen der Erfolgshaftung selbst. Mit anderen Worten, es gibt „nicht ein vorgesellschaftliches Schuldelement mit dem Namen ‚Vermeidbarkeit', das jede Gesellschaft zu respektieren hätte, vielmehr entscheidet das gesellschaftliche Weltverständnis darüber, unter welchen Bedingungen zuzurechnen ist"[603]. Daraus resultiert vor allem die o. e. Zweckhaftigkeit des Schuldprinzips in der „entzauberten Gesellschaft". Was jedoch andererseits insofern bewiesen wird, ist eben nur die Notwendigkeit der Ausscheidung des unvermeidbaren Irrtums bei der Schuldhaftung im Lichte der Sozialität.

---

[598] Ibid., S. 9.
[599] Ibid., S. 13, 22.
[600] Ibid., S. 13 f; vgl. *ders.,* Handlungsbegriff, S. 27 f.
[601] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 13 f.
[602] Ibid., S. 35.
[603] Ibid., S. 14.

Warum der Irrtum im Falle seiner Vermeidbarkeit nicht zu demselben Zurechnungshindernis im Schuldstrafrecht entwickelt wird, wo doch in einer frei kalkulierbaren Welt jede Unkenntnis der Verhaltensfolgen auf dessen „kommunikative Unmaßgeblichkeit" hinausläuft und dazu noch schon „die Gefahr einer *poena naturalis* in sich trägt"[604], ist aber gerade ebensowenig etwa bloß psychologistisch erklärbar – hier gäbe den Ausschlag zugunsten der Distanzierung vom Strafrecht das „Mißbehagen und Bedauern" im *Aristotel*ischen Sinne, mit dem der Täter sein Werk betrachten mag[605], – sondern setzt nach wie vor die Maßgeblichkeit eines gesellschaftlichen Deutungsschemas voraus, wonach daß „generelle Standards einzuhalten sind, wird nicht im individuellen Bedauern, sondern nur in der öffentlichen Rüge sichtbar"[606]. Weil solches „individuelle Bedauern" auch nicht immer vorhanden sein kann, kommt es zur Erweiterung der gesellschaftlich aktuellen Lösungsformel: „Zurechnung und Strafe bei vermeidbarem Irrtum garantieren Standards und verhindern selektives Lernen"[607]. Entfaltet sich nun hiermit die Vermeidbarkeit des Irrtums als „kommunikativ relevantes" Kriterium zum Gegenstand des strafrechtlichen Interesses, so kann dies genuin sozial, was den Bereich der „generellen Standards" anbelangt, noch bei weitem nicht heißen, es gäbe hier keinen Raum für Ausnahmen, und zwar wo es sich als sozialethisch erforderlich erweist. Nach einem „nurformellen" Schuldverständnis mag diese Konkretisierung, wenn überhaupt möglich, durchaus kontingent ausfallen, nicht aber innerhalb der „materiellen" Schuld, die u. a. „legitime Normen" voraussetzt[608]. Jedenfalls bleibt es im allgemeinen nicht bei solchem schmalen Abschnitt einer gesellschaftlich denkbaren Exkulpierung, so daß es im übrigen durchweg auf bloße Minimierungen des strafrechtlichen Nachdrucks ankäme; vielmehr verzichtet die „entzauberte Gesellschaft" auf die Strafbarkeit des vermeidbaren Irrtums oft auch außerhalb des gegebenen Bezugsrahmens, resp. die maßgebliche Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit als Irrtum verläuft im Grundsatz auf beiden, aus der Perspektive des Anhaltskriteriums parallelen Ebenen. Einmal heißt das Ergebnis erhebliche Schuldmilderung, das andere Mal strafrechtliche Irrelevanz, die beim Vorhandensein des Vorsatzes nicht zu leisten ist. Wie auch immer die konkreten Gründe dafür artikuliert werden, sind sie in ihrer Allgemeinheit, bezogen auf beide Hinsichten in gleichem Maße, eben nur als Folge der „Entzauberung", *die* einem Weltverständnis der Erfolgshaftung praktizierenden Gesellschaft entgegensteht, erfaßbar.

3. 7. 3. NORMKENNTNIS

Zu keinen Differenzen vermag wiederum die Unvermeidbarkeit des Wissensdefekts bei der Schuldzurechnung im Falle des Normirrtums zu führen, denn „(...) eine Tat in un-

[604] Ibid., S. 13.
[605] Ibid., S. 19 ff.
[606] Ibid., S. 20 f.
[607] Ibid., S. 21.
[608] Ibid., S. 23 ff.

vermeidbarer Strafrechtsnormunkenntnis, also mit hinreichender Aufmerksamkeit auf das positive Recht überhaupt, widerspricht zwar der Norm in ihrer aktuellen Gestalt, aber nicht dem Prinzip, das alle Normen legitimiert: der Positivität“[609]. Die Norm wird, mit anderen Worten, „nicht durch einzelne Unkenntnis“, sondern „nur durch Nichtbeachtung des Normgrundes, der Positivität“ in Frage gestellt resp. die „Anerkennung des Geltungsgrunds positiver Ordnung“ und die „Kenntnis ihres aktuellen Inhalts“ sind strafrechtlich auf keine Parallelisierung[610] angewiesen[611]. In umgekehrter Hinsicht heißt es demnach, daß „zur Normkenntnis nicht die Akzeptation des Inhalts als richtig gehört, sondern es reicht die Kenntnis, daß ein Normverstoß in der nun einmal gegebenen sozialen Ordnung eine Störung darstellt“[612]. Die Identität der strafrechtlich relevanten Konsequenzen bei beiden Irrtumsfällen beschränkt sich aber nicht auf die Ebene der Unvermeidbarkeit: Der vermeidbare Normirrtum als Irrtum über den „Bestand einer Norm“ bzw. über die „Normwidrigkeit des Verhaltens“ per se gehört zum Bereich des strafrechtlich Zurechenbaren, und zwar aus denselben Gründen, die sich beim ersteren Irrtumsfall als gesellschaftlich maßgeblich begreifen lassen[613]. Anders verhält es sich allerdings im Falle der Vermeidbarkeit unmittelbar in bezug auf die Problematik des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, indem der vermeidbare Verbots- bzw. Gebotsirrtum – im Gegensatz zur sowohl in der h. L. wie auch in der Rechtsprechung bereits längst überwundenen Vorsatztheorie – das Verhalten nicht in eine Fahrlässigkeit umwandelt, wie dies also beim Tatbestandsirrtum der Fall war, vielmehr bleibt es i. S. der Schuldtheorie beim Vorhandensein des Vorsatzes. Zwar kann das nach wie vor zu einer Reduzierung des Strafrahmens führen, nicht aber in dem Maße, in dem es die entsprechende Differenz zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten betrifft, geschweige des gelegentlichen Verzichts auf die Strafbarkeit im letzteren Falle. Doch worauf läßt sich eine sol-

[609] Ibid., S. 14 ff, 18.

[610] Hierbei kommt es nach *Jakobs* generell auf folgendes an: „Keine Norm kann nur für den Fall ihrer Einsehbarkeit gelten; denn sie muß als schon geltende Norm Gegenstand der Einsicht sein“ (*Jakobs*, Strafrecht AT, 6/4). Dies aber ist eben der allgemeine Aspekt des Problems, und im allgemeinen gilt die Norm schon auch kontrafaktisch, während der Normbruch selbst u. a. bei keinem unvermeidbaren Normirrtum vorhanden ist (s. etwa *Finger*, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, in: FS Binding, Bd. I, S. 312). Doch es verhält sich nicht so, daß die Unvermeidbarkeit der Normunkenntnis wie Zurechnungsunfähigkeit oder Unzumutbarkeit und weiteres mehr in derselben Richtung bei keiner Konkretisierung ein spezifisches Bild ergäben, es sei denn man stelle sich die *Kelsen*sche Konzeption des „abstrakten Sollens“ (*Kelsen*, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., 1923), fortgeführt vor allem bei *H. v. Weber*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935 (s. aber auch im Zusammenhang mit der Handlungsunfähigkeit *ders.*, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948, S. 53, 122; vgl. am Beispiel des Zwangsbegriffs *Germann*, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 52) und *Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949, auf die im Bereich der Didaktik der Deliktsermittlung rekurriert wird (s. *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 164 ff), als gesellschaftstheoretisch gleichermaßen aufschlußreich vor, was aber nicht der Fall ist, scil. „die spezifische Ebene des Strafrechts wird erst mit der Schuld betreten: Nur schuldhaftes Verhalten desavouiert die Normgeltung, da die Norm für (im weiten Sinn) Schuldlose eben nicht gilt“ (*Jakobs*, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, in: ZStW 114 (2002), S. 586).

[611] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 18 f, 35.

[612] Ibid., S. 18.

[613] Ibid., S. 20 f.

che strafrechtstheoretische Gestalt des vermeidbaren Normirrtums im Rahmen eines *gesellschaftlichen* Sinndeutungsprogramms zurückführen, wenn die Schuldtheorie ausgerechnet seitens naturalistischer bzw. subjektiv-finaler Sichtweise für unumkehrbar gehalten wurde?

Es läßt sich nicht abstreiten, daß die gegebene Metamorphose ursprünglich als keine Lösung überhaupt im aktuellen Kontext gedacht wurde, sondern eben durch äußerste Psychologisierung des Vorsatzbegriffs didaktisch erzwungen war: Der „natürliche" Vorsatz des Finalismus im Rahmen einer „personalen" Unrechtslehre, der den aus der nun rein normativ zu erfassenden Schuldsphäre eliminierten dolus malus abgelöst hatte, konnte ja seine systematische Bedeutung nur unabhängig von der Problematik des Unrechtsbewußtseins entfalten, und der Kernpunkt heißt in diesem Zusammenhang die *Welzel*sche ontologische Spezifik der „Handlung". Die wenig später entwickelte „Doppelfunktion" des Vorsatzes, die sich sowohl auf die Unrechtsebene wie auch auf die Schuldebene erstreckt, schafft solche Unabkömmlichkeit gerade ab, läßt also die Frage aus der Sicht der Didaktik des Deliktsaufbaus nun einmal offen. Daß aber an der Trennung von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein weiter festgehalten wird, hat demnach bereits wenig zu tun mit einer ordnungstechnisch bedingten Problemstellung; argumentiert wird hauptsächlich unter einem kriminalpolitischen Aspekt, scil. in bezug auf das bereits hervorgehobene Ergebnis im Falle der Fahrlässigkeit[614]. In Anbetracht dessen, daß schon die Vorsatztheorie wegen der mit dem Schuldprinzip unvereinbaren Abstellung auf den Grundsatz error iuris nocet entstanden ist[615], läßt sich die Schuldtheorie allemal als goldene Mitte begreifen, nur darf es dabei kaum bei einem kriminalpolitischen Ausschnitt aus dem Bereich des gesellschaftlich Relevanten bleiben. Daß es also hiermit „die Rechtsprechung in der Hand behält, über eine strenge Ausgestaltung der Maßstäbe für die Vermeidbarkeit[616] den Einwand der Normunkenntnis nicht zu einer bequemen Ausrede werden zu lassen"[617], ist gesellschaftstheoretisch nicht entscheidend, ja sogar genuin sozial ein in dieser Hinsicht (zumindest) überflüssiges Argument. Denn die (straf-)rechtlich aktuelle Bedeutung der „Entzauberung" erschöpft sich gewiß nicht in einem Erkennen der „grundsätzlichen Beherrschbarkeit" der „äußeren Welt" bzw. des „Nicht-Ich" im *Fichte*schen Sinne; vielmehr muß die „entzauberte" Gesellschaft ebenso zweckrational mit der Norm selbst umgehen können, und die Berufung auf den ersteren Aspekt wäre dabei eben nicht alles.

Nach einem zur Erfolgshaftung führenden Weltverständnis ist die Unvermeidbarkeit des Irrtums hinsichtlich der äußeren Verhaltensfolgen wie der Norm gleichermaßen irrelevant. Genauer heißt dies, daß jeder Normirrtum wie die genaue Kenntnis des Normin-

[614] *Lackner/Kühl,* StGB, § 15/33.
[615] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 15 ff.
[616] S. über die Konstatierung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums durch normatives Kriterium *Rudolphi,* Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 214 f; vgl. *Löw,* Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, 2002, S. 89 ff.
[617] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 18.

halts insofern gesellschaftlich unsichtbar bleibt. Die normtreue Haltung garantiert insoweit nichts, und die Norm weist den „Sinn“ auf, auch ohne daß man sie kennen *soll*. Diese Plastizität kann sich aber eine „entzauberte“ Gesellschaft nicht leisten. Sie ist vor allem auf die Norm überhaupt als Maßstab der Interaktion angewiesen. Da es also nicht mehr alles durch Reaktion gelöst werden kann, sondern es auf die Interaktion ankommen muß, ist es *die Pflicht von jedem, für Normkenntnis zu sorgen*[618]. Isoliert genommene normative „Erwartung“, die bei der Erfolgshaftung als durchaus verständlich erscheint, bildet im Lichte der Interaktion bzw. der Schuldzurechnung einen Fremdkörper, i. e. auf der Ebene des Interaktionistischen ist jede Erwartung ohne Erwartungserwartung eine Fiktion[619]. Steht nun soviel fest, erhellt auch das Eigentliche: Der Vorsatztäter als Interaktionspartner kann sich über die Pflichtenlage irren und das heißt: muß als Vorsatztäter bleiben, denn widrigenfalls wäre keine Institutionalisierung der Normkenntnis erforderlich, was seinerseits nur dort der Fall sein kann, wo von der Normkenntnis gesellschaftlich nichts abhängt oder etwa innerhalb einer Ordnung, die ihre Legitimation „aus ihrer Evidenz“ (e. c. „einer Vernunftevidenz naturrechtlicher Ordnung“) beziehen will[620]. Ohne Pflicht der Normkenntnis hätte man mit Vorsatztäter hier nur psychologistisch zu tun, und da *Jakobs* von keiner solchen Pflicht ausgeht[621], bleibt der Vorsatz bei *ihm* insofern eben ein psychologistischer Begriff.

3. 7. 4. VERMEIDBARKEIT

Als Ausgangspunkt kann nur das genuin Soziale dienen, nicht die Systematisierung der positivrechtlichen Abweichungen davon. Hinsichtlich der Normunkenntnis generell betrifft freilich ähnliche Gegenüberstellung nicht von vornherein den aktuellen Stand der legislativen Realität. Und dies nicht nur aus jener Sicht als solchen, wo sich das Unrechtsbewußtsein in der Schuldsphäre als selbständiges Element neben dem Vorsatz rangieren läßt, vielmehr kommt es nach § 17 StGB zwischen dem „psychischen Faktum fehlender aktueller Kenntnis“ und einer „Strafmilderung“ auch zu keiner „starren Relation“, wenn also „die Unkenntnis auf Desinteresse an der Kenntnisnahme beruht, ohne daß sich dieses Desinteresse seinerseits rechtsfreundlich erklären ließe, bleibt es bei der vollen Strafe (...). Mit anderen Worten, das Gesetz unterscheidet bei Normunkenntnis zwischen einer solchen, die dem Täter versehentlich unterläuft, und einer anderen, die Folge einer Abwendung des Täters vom Erkenntnisgegenstand ist“[622]. Die dabei vornehmbare Differenzierung zwischen dem „Irrtum im strengen Sinn“ (als „vom Irrenden selbst negativ bewerteter Kenntnismangel“) und der „Gleichgültigkeit“ (Unkenntnis ohne

[618] S. *L.-G. Kutalia*, Die Schuld im Strafrecht, S. 255 ff, 840; a. A. bezüglich der gegebenen Generalisierung und vor allem der daraus resultierenden Konsequenzen *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 17.
[619] Vgl. *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004, S. 29 f.
[620] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 15.
[621] Ibid., S. 17.
[622] Ibid., S. 19.

solche „negative Wertung“)[623] bildet aber gesellschaftlich nichts für den Bereich der Normunkenntnis Spezifisches, also nicht den Punkt, an dem sich die Differenzen zwischen den beiden Irrtumsfällen auf der Ebene der Vermeidbarkeit genuin sozial fortführen lassen.

Sieht jedoch das positive Recht (§ 16 Abs. 1 StGB) beim Tatbestandsirrtum von der gegebenen Konkretisierung ab, indem es den Vorsatz hier im Falle der „Gleichgültigkeit“ ausschließt resp. von der Fahrlässigkeit als „Irrtum“ auch in dieser Hinsicht ausgeht, so ist es die Folge nur einer weiteren Psychologisierung des Vorsatzbegriffs, scil. der Abstellung auf das psychische Faktum der Unkenntnis als Kerngedanke, und die Konsequenzen fallen diesmal eben nicht als gesellschaftstheoretisch akzeptabel aus[624]. Auf äußerliche Gleichmäßigkeit kommt es in letzterer Hinsicht nicht an: Daß der Irrtum „im strengen Sinn“ im Falle der Normunkenntnis den Vorsatz nicht auszuschließen vermag, beim Wissensdefekt hinsichtlich der „Wirkungen“ aber gerade zur Fahrlässigkeit führen soll, heißt jedenfalls nicht, Verbotsunkenntnis als Irrtum und Fahrlässigkeit als Irrtum wären auf keinen funktional verbindlichen Nenner zurückführbar resp. die Fahrlässigkeit selbst sei doch etwa psychologistisch spezifizierbar, denn wobei es hier allemal bleiben muß, ist die Vermeidbarkeit der Unkenntnis als interaktionistisches Kriterium.

3. 7. 5. INDIVIDUALITÄT UND DER OBJEKTIVE MAßSTAB

Nicht weniger aktuell ist jedoch die Einbeziehung des Individualitätsmoments in den gegebenen gesellschaftlich relevanten Bezugsrahmen[625]. Die Gegenüberstellung von „Individuum“ und (“durchschnittlicher“) „rollentragender Person“ läßt sich dabei vor allem gerade nur als Gegensatz zum in der sozialen Handlungslehre mit Ignorierung des Individualitätsmoments entwickelten Fahrlässigkeitskonzept begreifen[626], abgesehen von der Auffassung *E. A. Wolffs*[627]. Aus der hiesigen Auseinandersetzung mit dem ontologisch fundierten personalen Handlungsbegriff *Arth. Kaufmanns* folgt wiederum ebenso eindeutig, daß das Maß an „Subjektivierung“, das zur sozial funiderten „individuellen“ Fahrlässigkeit führt, nicht den objektiven Maßstab ablösen kann, sondern nur noch die abstraktobjektive Sichtweise. Die Abstellung auf individuelle Vermeidbarkeit reduziert ihrerseits nicht die gesellschaftliche Reichweite des Begriffs der Handlung, ja der Rollenträger als *abstrakte* „Maßstabsperson“ weist hier kein gesellschaftlich umfangreicheres Verständnis von Handlungssubjekt auf, vielmehr wird im Falle der Individualisierung „rollenübergreifend“ zugerechnet[628].

[623] Ibid.
[624] Ibid., S. 20.
[625] *Jakobs*, Strafrecht AT, 6/24.
[626] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 25.
[627] 1/III/2.2.
[628] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 21.

Anders verhält es sich hinsichtlich der o. e. Konkretisierbarkeit des objektiven Maßstabs innerhalb des genuin Sozialen, scil. im Lichte der Vermeidbarkeit. „*Im Ansatz ist die Vermeidbarkeit überhaupt nicht individuell, sondern objektiv*. Nichts ist vermeidbar, wenn und weil beim Täter irgendwelche psychischen Dispositionen vorliegen, sondern wenn und weil er, denkt man ihn in seiner Motivation als perfekten Bürger, vermeiden würde. Wenn die perfekt gedachte Motivation zu einer solchen Steuerung des real gegebenen psychophysischen Apparats führt, daß das Verhalten nicht vollzogen würde, dann ist dieses Verhalten vermeidbar“[629]. Gemäß derselben Gestalt der Vermeidbarkeit sei weder Vorsatz noch „individuelle“ Fahrlässigkeit von einem objektiven Maßstab distanzierbar, sondern sie stellen hier „das in die Wirklichkeit des Individuellen verlängerte *objektive*, nach dem Maßstab des guten Bürgers bestimmte Defizit an Normbefolgungsmotivation“ dar resp. sind *„nicht als individualpsychische Fakten, sondern als am Individuum erscheinender Ausdruck eines objektiv bestimmten Fehlers“* in der Unrechtssphäre aktuell[630].

3. 7. 6. DER VERSARI-GEDANKE

Die o. e. „rollenübergreifende“ Bedeutung des „kommunikativ relevant“ vermeidbaren Irrtums bildet hierbei wiederum kein Hindernis dafür, daß die Haftung in einer „entzauberten“ Welt auf „das geplant Vermeidbare“ beschränkt bleibt resp. sich nicht auf „damit verbundene, aber ihrerseits individuell nicht voraussehbare Folgen“ erstreckt[631]. Vom gesellschaftstheoretisch relevanten Standpunkt aus führt der Versari-Gedanke genaugenommen zu keinem Zurechnungssystem, das zur gleichen Zeit sowohl auf die Schuldhaftung als auch auf die Erfolgshaftung abstellt, – obgleich auch ein solches Zurechnungssystem ansonsten, wie am Beispiel des Versuchs noch zu zeigen ist, durchaus denkbar bleibt, – sondern was nach einem modernen Verständnis von Schuldzurechnung als „systemwidrige Erfolgshaftung“ erscheint[632], wird in einer „mittelbar verzaubert bleibenden Welt“[633] eben nur durch die Schuld absorbiert. Nach einem der Erfolgshaftung zugrundeliegenden „gesellschaftlichen Weltdeutungsschema“[634] hat der Sinn, der sich hier auf das Nichtvoraussehbare erstreckt, ebensowenig etwas mit dem aktuellen rechtswidrigen Kontext zu tun wie mit der Problematik der Vermeidbarkeit selbst, i. e. die interessierenden Folgen per se weisen den Normverstoß auf, und der darin kristallisierte „Riß im Weltgebäude“ ließe sich eben nicht anhand einer durchaus rechtskonformen Überschreitung der „Kalkulationsgrenzen“ beseitigen, da schon die Kalkulierbarkeit der Folgen hier nichts besagt. Ohne interaktionistische Vermeidbarkeit des Wissensfehlers, sei es nun im Falle der Fahrlässigkeit oder der Verbotsunkenntnis, ergibt

[629] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 39.
[630] Ibid., S. 39 f.
[631] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 21 f.
[632] Ibid., S. 22.
[633] Ibid.
[634] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 20.

hingegen die Norm in einer „entzauberten“ Welt keinen in einem Zurechnungszusammenhang relevanten Sinn, scil. die Zufallsfolgen, von welchem Grad auch immer, sind hier, bei beiden Irrtumsfällen, eben nur als Zufallsfolgen erfaßbar, die keine „störenden Risse“ im Weltgebäude verursachen[635]. Demnach kommt es nicht nur darauf an, daß die Norm in einer „entzauberten“ Gesellschaft anders als in einer „verzauberten“ gilt, daß sich also der Normverstoß dabei in seiner gesellschaftlich aktuellen Gestalt durchaus äquivok interpretieren läßt, sondern vor allem der Inhalt äußerlich identischer Verhaltensregeln ist auf diesen innerhalb des gesellschaftlich Relevanten entgegengesetzten Ebenen niemals identisch.

3. 7. 7. VERSUCH IM PRISMA DER „ENTZAUBERUNG“

Was nun die „Entzauberung“ der Welt für die Begründung eines weiteren „Irrtumsfalls“ resp. des Versuchs hergibt, liefert ihr bei *Jakobs* betonte Aspekt noch keine erschöpfende Antwort. Obwohl es aber vor allem beim Versuch wie bei der Fahrlässigkeit darum geht, daß sich der Täter über tatbestandliche Folgen seines Verhaltens irrt, sind es allemal nur divergente Irrtumsfälle, wobei der strafrechtliche Nachdruck beim Versuch wesentlich überwiegen muß, denn der Fahrlässigkeitstäter zeigt, „daß man andere und auch sich selbst schädigt, wenn man nicht besser aufpaßt, der Versuchstäter hingegen, daß man besser aufpassen muß, wenn man erfolgreich delinquieren will“[636], woraus sich wiederum gleichermaßen die „Umkehrung der Bedeutung der Irrtumsdichte“ ergibt und im Endergebnis der „leicht vermeidbare“ Irrtum, also der „grobe Unverstand“ nach der Formulierung des positiven Rechts, im letzteren Falle bis zum Absehen von Strafe nach § 23 Abs. 3 StGB führen kann, genauer: Das Absehen von Strafe bildet neben der Strafmilderung (nach Ermessen) als Ausnahme die Regel. Im hier interessierenden Kontext ist das sogar noch nicht alles, weil nämlich die aktuelle Regelung nur noch für den strafbaren untauglichen Versuch gilt, nicht hingegen für den sog. irrealen Versuch, und zwar deshalb nicht, weil er als kein Versuch überhaupt nach § 22 StGB erfaßt wird[637].

Gewiß wäre ähnliche Lage des positiven Rechts nicht nach jedem Stand der Gesellschaft, nach dem man die Vorteile der Schuldhaftung gegenüber der Erfolgshaftung schon erkannt zu haben glaubt, möglich, und demgemäß erschöpft sich die „Entzauberung“ der Welt nicht in einer Überwindung der Erfolgshaftung. In einer noch nicht „entzauberten“ Gesellschaft, die Schuldhaftung praktiziert, ist es allein etwa der Gesinnungs-[638] oder Intentionsunwert[639], was als entscheidend gilt[640], ähnlich dem Erfolgsunwert bei der

[635] Zur Verschärfung der Zurechnung im Falle der „Kalkulierbarkeit“ *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 22.

[636] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 23.

[637] *Lackner/Kühl,* StGB, 22/12, 14, 23/4 f.

[638] *G. Nass,* Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, Berlin, 1963, S. 72 f.

[639] Als problematisch erweist sich dabei die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit im ganzen, da als Ausgangspunkt der ähnlichen Zurechnungssysteme eben der „aktuelle Wille“ dient (s. *Hardwig,* Zurechnung, S. 27). Die Verbindung damit erfolgt freilich durch den Begriff der culpa praecedens, deren gegebene Bedeutung

Kehrseite der „verzauberten" Welt[641]. Das gegebene Moment als Normbruch[642] soll aber gerade auch nicht unbedingt in einem äußeren „Geschehensablauf" im *Ulpianischen* Sinne manifestiert sein[643]; wo sie es aber ist, bleibt demnach die Tatsache, wie das „Geschehen" selbst „abläuft", ob mit oder ohne Berücksichtigung der naturgesetzlichen Zusammenhänge, nichtssagend[644], wie die Unvermeidbarkeit der äußeren Verhaltensfolgen bei der Erfolgshaftung nichtssagend war. „Schuld" und „Unrecht", wie „Schuld" und „Handlung" bzw. „Verbrechen" sind im Schuldstrafrecht einer „verzauberten" Gesellschaft allemal nur gleiche Begriffe[645]. Jede besagte Gesinnung ist nach diesem Verständnis eine in sich geschlossene, durch nichts komplementierbare „vollendete" Straftat[646], und der Versuch als strafrechtlich relevanter Begriff ist hier im Grundsatz ebenso wenig begründbar, wie im Falle der Erfolgshaftung. Er kommt allenfalls als rein künstliches Prädikat vor, das keine Haftung begründet, sondern jenseits jeder schon perfekt erfolgten Haftungsbegründung liegt. In diesem Sinn läßt das Schuldstrafrecht bei der „Untauglichkeit" des „Versuchs" keinen Verzicht auf die Strafe zu, und als „irreal" läßt sich dabei ohnehin keine Intention bezeichnen; vielmehr hat es in jedem einzelnen Fall zu reagieren, damit sich der „Riß im Weltgebäude", den als Normverstoß nun anders als bei der Erfolgshaftung[647] nicht die „äußere Wirkung der Tat", sondern die „innere Einstellung des Täters" bewirkt[648], entfernt.

Wo das Strafrecht für keine Unversehrtheit transzendenten Sinns sorgt, kann nicht mehr jedes „äußerlich harmlos" gestaltete Verhalten strafrechtlich aktuell sein, sondern nur

u. a. sowohl in Fällen von vermeidbaren Wissensdefekten wie auch in denjenigen von a.l.i.c. bereits bei *Aristoteles* entfaltet wird (näher *Loening,* Die Zurechnungslehre Aristoteles, 1903, S. 232).

[640] *Saleilles,* Individualisation de la Peine, 2 Aufl., 1909, S. 32; s. insofern auch die Ontologie von *Aquin,* durch die vor allem die Zurechnungslehre des kanonischen Rechts wesentlich beeinflußt war: *L.-G. Kutalia,* Die Schuld im Strafrecht, S. 84 ff.

[641] S. zur Gegenüberstellung in diesem Zusammenhang vom kanonischen und germanischen Strafrecht *Hardwig,* Zurechnung, S. 33 f und passim.

[642] *S. Kuttner,* Kanonische Schuldlehre, Berlin, 1952, S. 56.

[643] *Nass,* Wandlungen des Schuldbegriffs, S. 72.

[644] *Hardwig,* Zurechnung, S. 34, wobei für die Begründung der Teilnahme schon „der bloße *Consensus*" als durchaus hinreichend gilt (ibid.).

[645] Insofern gibt es u. a. keinen Begriff der „Zurechnungsunfähigkeit". So wie e. c. im Falle der Erfolgshaftung *keiner* aus dem dabei möglichen Zurechnungssystem ausgeschlossen werden kann, so ist das schuldunfähige Subjekt mit dem Schuldstrafrecht einer noch nicht „entzauberten" Welt *in aller Regel* unverträglich, resp. eine durchaus abstrakte „deliktische" Gesinnung per se, die sich gelegentlich ebenso abstrakt bei jedem vermuten ließ (vgl. *Nass,* Wandlungen des Schuldbegriffs, S. 72), führte nach dem gegebenen Stand der Gesellschaft niemals an der strafrechtlichen „Verantwortung" vorbei. Etwa der Grundsatz wie ad imposibilia lex non cogit bleibt hier, mit anderen Worten, in jeder Hinsicht ein Fremdkörper, und über „die Gleichstimmung der Gemüter" hinaus, wie dies bei der Erfolgshaftung der Fall ist (*Jakobs,* Schuldprinzip, S. 24 f), garantiert in diesem Sinn auch die Schuldzurechnung nichts. Wiederum ist nach jedem Zurechnungssystem einer „verzaubert" bleibenden Welt das zurechnungs- bzw. *handlungsunfähige* Subjekt eine gesellschaftsfremde Annahme.

[646] *Nass,* Wandlungen des Schuldbegriffs, S. 72.

[647] Was allerdings nicht heißen soll, daß das Erfolgsstrafrecht auf *keine* Versuchstaten, wenn auch nicht i. S. des „Versuchs" als solchen, reagierte (s. *Hardwig,* Zurechnung, S. 34).

[648] *Schmidt,* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1951, S. 127.

als „unerlaubt riskant“[649] nach interaktionistischen Maßstäben erfaßbares. Ohne das gegebene Moment und somit ohne Blick darauf, was nach modernem Verständnis objektive Zurechnung genannt wird, beruft sich das Schuldstrafrecht in einer „entzauberten“ Gesellschaft auf keinen „Normgeltungsschaden“[650]. Geht man nun davon aus, daß ein Normbruch nicht *auch (und gleichermaßen)* „seiner äußerlichen Folgen wegen“ einen strafrechtlich relevanten Konflikt darstellt[651], so hat dies genaugenommen nichts mit dem in Rede stehenden Kontext zu tun. Denn das Wesen der „Entzauberung“ liegt nicht etwa in einer Übertragung des sozialen Sinns von der „äußeren“ auf die „innere“ Handlungsgestalt, sondern in der Überwindung beider ansonsten gleichermaßen praktizierbaren Extreme[652]. Auf welcher Seite dann dieser Sinn intensiver erscheint, hängt von der Gestalt der Gesellschaft bereits innerhalb einer „entzauberten“ Welt ab, und die Diskussionen in diesem Sinn, wie vor allem diejenige zwischen den sog. objektiven und subjektiven Versuchstheorien, überholt zugunsten der letzteren, berühren das, was das „entzauberte“ gesellschaftliche Weltverständnis von einem noch nicht „entzauberten“ trennt, nicht einmal am Rande. Der Versuch als *„Objektivierung“ oder „Expressivwerden eines Normbruchs“*[653] gehört zu demselben Zusammenhang. Doch was indes dahinschwindet, ist nicht nur die Äquivalenz von objektiver und subjektiver Tatseite, sondern zugleich die strafrechtliche Bedeutsamkeit des Erfolgs – dies nicht nur am Beispiel des Versuchs – bei der ersteren Seite. Schon die im zweiten Teil hiesiger Monographie enthaltene interpersonale Handlungslehre bemüht sich jedoch das Gleichgewicht von wirklichem Schaden und Schuld herzustellen[654].

3. 7. 8. OBJEKTIVE ZURECHNUNG UND MOTIVATIONSFÄHIGKEIT

Entscheidend ist insoweit die Tatsache selbst, daß im Rahmen der negativen Handlungslehre, die objektive Zurechnung „nicht etwa zum Handlungsbegriff als ergänzende Haftungsbegründung“ hinzukommt, sondern „Handlung überhaupt nur das *zurechenbare* Bewirken“ darstellt[655]. Da sie nur „bei sozial relevantem Verhalten“ möglich ist (i. e. sie „filtert alles Verhalten aus, das gesellschaftlich nicht stört“), strebt hierdurch der aktuelle Begriff an, u. a. seine Materialität zu gewährleisten[656]. Vor allem anders als bei kognitiven Regeln vermag wiederum ein „auf soziale Normen bezogener Willensfehler“ nicht dem Verhalten „seine kommunikative Relevanz“ zu nehmen[657]. Wegen der Unbe-

[649] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 38; vgl. *ders.*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, a. a. O., S. 271.
[650] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 45.
[651] *Jakobs,* Strafrecht AT, 1/9 ff.
[652] *Stannard,* Subjectivism, S. 541.
[653] *Jakobs,* Strafrecht AT, 25/13 ff; *ders.*, Handlungsbegriff, S. 36, 38.
[654] *L.-G. Kutalia,* Theorie der allgemeinen Kontinuität, in: I. Schwarzmeerjuristentage. Strafrecht, 2010, S. 127.
[655] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 29.
[656] Ibid., S. 45 f.
[657] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 23 f.

weisbarkeit der individuellen Vorzugswürdigkeit der Befolgung sozialer Normen[658] heißt dies, daß „jeder zuständig dafür ist, daß Normbefolgung als vorzugswürdig gilt", wobei diese Zuständigkeit als „rechtstheoretisches Gegenstück" der Willensfreiheit nach einem metaphysischen resp. „kontrakausalen"[659] Verständnis hingestellt wird[660]. Neben der „Stabilisierung der schwachen Norm" als „Zweck der Schuld" und der Erkenntnis, daß es Willensfehler überhaupt nur bei „schwachen, nicht-absoluten Normen" geben kann, stellt die Schuldzurechnung nach *Jakobs* „Zurechnung eines Willensfehlers" dar, der als „Willensdefizit" i. S. des „Defizits an rechtstreuer Motivation" verstanden wird[661]: „Selbst bei einer Vorsatztat mit klarem Unrechtsbewußtsein ist das Gravamen nicht das psychische Faktum von Unrechtskenntnis nebst Folgenkenntnis, sondern das Ausbleiben dominanter Vermeidemotivation (...).Vorsatz und Unrechtsbewußtsein als psychische Fakten können selbst beim Prototyp des Schuldlosen vorliegen, nämlich beim Geisteskranken; was diesem fehlt, ist die Fähigkeit, die Konsequenz der Vermeidung zu ziehen, also sich dominant zur Rechtstreue zu motivieren"[662]. Hiernach würde ferner selbst dem Fahrlässigkeitstäter und dem in vermeidbarer Normunkenntnis Befindlichen anhand der (dominanten) Vermeidemotivation „über sein Erkennen des bisherigen Kenntnisdefizits auch seine Vermeidemacht bewußt"[663]. Inwieweit liegt aber somit die Überwindung einer psychologisierenden Sichtweise vor?

Der Geisteskranke kann sich im Einzelfall durchaus rechtstreu motivieren, und die Beispiele dafür können gewiß sogar bis zur Vermeidung fahrlässiger Unterlassung reichen. So wie er sich in entsprechenden Fällen für Recht entscheidet, so kann den Gegenstand seiner Entscheidung bisweilen die Vornahme eines Unrechts bilden. Neben dem Vorsatz und Unrechtsbewußtsein als psychische Fakten kann hier, mit anderen Worten, eben die Motivationsfähigkeit im gleichen Sinne vorliegen, die also als kein mit der Schuldfähigkeit täuschend ähnlicher Begriff erfaßbar ist oder genauer: die erstere Ebene stellt kein Spezifikum der letzteren dar. Beim Vorsatz mit aktuellem Unrechtsbewußtsein ist demnach das „Ausbleiben dominanter Vermeidemotivation" per se ebenso wenig ausschlaggebend, wie dies Normkenntnis und Folgenkenntnis selbst sind, und worum es hier in seiner Gesamtheit geht, ist gerade nur ein intellektuell-voluntativer Psychologismus. Aus einer psychologistischen – und zwar eben nur aus einer psychologistischen! – Sicht wäre aber dabei kaum noch verständlich, warum die Schuld im Rahmen des „Ausbleibens dominanter Vermeidemotivation" in jenen Fällen, wo die Motivationsfähigkeit doch nicht unzulässig bleibt, ausgeschlossen werden kann. Darauf, wie die beiden Momente als schiere psychische Fakten miteinander korrelieren, kommt es aber gerade nicht an, sondern auf folgendes: An die Motivationsfähigkeit, über die der Geistes-

[658] Ibid., S. 35.

[659] *Burkhardt,* Düsseldorfer Thesen, in: Thesen zum Kongreß „Neuro2004: Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht", Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen, Nov. 2004, S. 1.

[660] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 24.

[661] *Jakobs:* Schuld und Prävention, S. 14 f und passim; Schuldprinzip, S. 25.

[662] Ibid., S. 25 f.

[663] Ibid., S. 26.

kranke verfügen kann, lassen sich im strengen Sinn gar keine normativen Erwartungen knüpfen; die (dominante) Vermeidemotivation als Gegenstand einer normativen Erwartung und ihr Ausbleiben als deren Enttäuschung stellen insofern allenfalls bloße Relativitäten dar[664]. Der Grund dafür ist offensichtlich: Jede normative Erwartung soll sich als interaktionistische Erwartung begreifen lassen, während im Bereich des Interaktionistischen eine kontingent ausfallende rechtstreue Motivation – und um nichts anderes geht es bei aktuellen Defektszuständen – zu keinem Leitpunkt entwickelt werden kann.

Was hier wiederum die interaktionistische Relevanz der Motivationsfähigkeit begründet und mithin die Schuldzurechnung als Zurechnung eines Willensfehlers überhaupt ermöglicht, ist der ebenso genuin strafrecfhtlich zu interpretierende Begriff der *Willensfreiheit*, der nicht in jeder Hinsicht durch denjenigen der *„Freiheit zur Selbstverwaltung"*[665] substitutiert werden kann. So wie sich die strafrechtliche Bedeutung des Kausalnexus nicht auf das naturalistische Verständnis von Kausalität in ihrer Uferlosigkeit gründen kann, so ist jeder in der Metaphysik bekannte gleichermaßen uferlose Begriff der Autonomie des Willens strafrechtlich irrelevant[667], was längst als axiomatische Annahme gilt[668]. Hierbei läßt sich aber nicht nur die Kausalität als keine Unbekannte im Zurechnungszusammenhang begreifen, sondern vor allem die Willensfreiheit im Schuldstrafrecht einer „entzauberten" Gesellschaft. Den Bezugsrahmen der Freiheit bildet hier die Interaktion; ob es jenseits dieses Bezugsrahmens eine Willensfreiheit überhaupt geben kann[669], davon hängt insoweit für die Begründung des Schuldbegriffs als „Willensschuld", die im allgemeinen ihren Ursprung schon in der Philosophie *Hegels* hat[670], jedenfalls nichts ab[671]. Nicht jeder ist demnach dafür zuständig, daß „die Normbefolgung als vorzugswürdig gilt", sondern nur derjenige, dessen Motivationsfähigkeit durch den interaktionistisch sichtbaren freien Willen garantiert wird.

3. 7. 9. ATHEISMUS?

Nun gelangt man an den Punkt, wo die Kernfrage im interessierenden Bereich zu beantworten ist. Wenn die Theorie der „Entzauberung" etliche Male entgleist, so ist das kein Zufall. Denn eine Theorie der Entzauberung ist es nicht. Indem man dem Kosmos als sinnvollem Zusammenhang „kontingente Gestalt der Welt" gegenüberstellt, schließt man nicht nur das magische Selbstverständnis der Gesellschaft aus, sondern will man zugleich nichts vom wahren Glauben der Gesellschaft hören, der wiederum keine straf-

664 S. *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 42; vgl. *ders.*, Individuum und Person, S. 258 f.

665 *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 35.

667 *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 34 f.

668 *Kienapfel/Höpfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts AT, S. 77.

669 S. aber auch zum neuesten Stand u. a. *Spilgies*, Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht, in: HRRS 2/2005, S. 43 ff; *Lampe*, Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre, in: ZStW 118/1 (2006), S. 1 ff.

670 *Nass*, Wandlungen des Schuldbegriffs, S. 86.

671 S. *L.-G. Kutalia*, Die Schuld im Strafrecht, S. 349 f.

rechtlich relevante Kalkulierbarkeit der Folgen eliminiert. Und die Spaltung ist tiefer: Der sekularisierte Staat und das laizistische Strafrecht setzen kein atheistisches gesellschaftliches Weltverständnis voraus – die gegenwärtige Realität.

4. HANDLUNG ALS NICHTANERKENNEN DER NORMGELTUNG

4. 1. GARANT

Als Garant handelt man, indem man die entsprechende Pflicht erfüllt. Wer im Rahmen der Garantenstellung seiner Pflicht nicht nachkommt, dem kann allemal nur vorgeworfen werden, daß er gerade *als kein Garant* gehandelt hat, denn was in solchem Fall an und für sich vorliegt, ist eben kein institutionell kompetentes Verhalten. Garant – für die „Vermeidung eines Normgeltungsschadens“[672] – war also der Täter „im Rahmen“ der verwirklichten Tat nur noch *vor* deren Verwirklichung. Kein gesellschaftlich relevanter *Status* für das Handlungssubjekt *in seiner Eigenschaft als Delinquent* läßt sich demnach auch aus der Sicht eines möglichst konsequent durchgeführten normativen Ansatzes nachweisen. Bricht nun die Person etwa als „Rollenträger“ aus der „Rolle“ aus[673], so kommt man nach *Jakobs* zum Begriff einer „formell vernünftigen Person“[674], in welcher Eigenschaft man auch gar nicht strafrechtlich verantworten kann[675]. Wo demgemäß der „Sinnausdruck“ als „Ausbruch aus einer geltenden Ordnung“[676] zugerechnet wird, ist ein *als Subjekt der strafrechtlichen Beziehung* delinquierendes Handlungssubjekt undenkbar. Wenn aber das Delikt außerhalb der (straf-)rechtlichen Beziehung liegt, wo ist denn dann nach der Strafe zu suchen? Denn *innerhalb* der Rechtsbeziehung kann nicht darauf reagiert werden, was bereits jenseits deren Grenzen geraten ist. Auf nichts anderes weist im allgemeinen die folgende Auffassung von *Jakobs* hin: „Daran ändern auch Metaphern nichts wie etwa die verbreitete Rede, der Täter habe sich durch die Tat selbst außerhalb der Ordnung gestellt; hätte er das, wäre die Reaktion gegen ihn als rechtliche Reaktion überhaupt nicht mehr möglich“[677]. Doch ein solches Bild ergibt sich aus einem *normativen* Handlungsbegriff gerade keineswegs.

4. 2. UNTERSTELLUNG: INTERAKTIVE KOMMUNIKATION

Worum es in diesem Zusammenhang vor allem geht, ist Handlung als *„Objektivierung der Nichtanerkennung der Normgeltung“* resp. als „Sinnausdruck des Inhalts, die in Re-

[672] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 30 f und passim.
[673] Ibid., S. 31.
[674] *Jakobs,* Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Kodalle (Hrsg.), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, 1998, S. 32, „vernünftig“ wird hier auf die These *Hegels* zurückgeführt, nach der durch Strafe „der Verbrecher als Vernünftiges geehrt“ wird (*Jakobs,* Schuldprinzip, S. 27).
[675] 1/V/6.
[676] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 33.
[677] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 27; s. ibid. auch zu weiteren Indizierungen der Kompetenz.

de stehende Norm sei nicht leitende Maxime“[678], was wiederum aus der Perspektive des „kommunikativ relevanten Sinndeutungsschemas“ die Wirklichkeit der Norm selbst nicht beeinträchtigen kann: „Da es für das Ergebnis einer Wirksamkeit der Norm nicht auf das Verhalten (und ebensowenig auf die Motivation) eines einzelnen ankommt, sondern auf den Anschluß, den das Verhalten findet, da also entscheidet, ob der Normentwurf des einzelnen akzeptiert - Anschluß - oder verworfen wird - kein Anschluß -, kann eine Norm nicht endgültig als Verhaltenslenkung, als Imperativ, vielmehr nur als Institutionalisierung des Anschlusses zu verstehen sein. Ob der einzelne einem Imperativ folgt oder nicht, hat auf die Wirklichkeit der Norm keinen Einfluß, solange nur an die Befolgung und nicht an die Nichtbefolgung angeschlossen weren kann (...)“[679], i. e. „eine normative Erwartung muß auch im Enttäuschungsfall nicht preisgegeben werden, sondern kann (kontrafaktisch) durchgehalten werden, indem nicht die Erwartung des Enttäuschten, sondern der Normbruch des Enttäuschenden als der maßgebliche Fehler definiert wird“[680]. Kein solcher Fehler kann aber hiernach innerhalb der wirklichen Gesellschaft gedacht werden, sondern wie unten zu zeigen ist, er gehört zur Ebene des gesellschaftlich Relevanten nur formell, inhaltlich jedoch zur „Umwelt der Gesellschaft“[681], wo sich eben keine strafrechtliche Beziehung entfalten läßt. Das Wesen der Handlung kann ja hier nicht etwa im „kontrafaktischen Durchhalten“ der enttäuschten normativen Erwartung liegen: dies brächte Tat und Strafe als „Sinnzusammenhang“[682] durcheinander, sondern im Normbruch selbst.

Schon der „delinquierende“ Kommunikationsteilnehmer ist nach dieser Lage nur noch contradictio in adjecto, denn er nimmt keine Stellung zur („kommunikativ relevanten“) Reaktion, die ihn *überhaupt* erst in solchem Fall bei der normativen Enttäuschung innerhalb des Kommunikativen halten würde. Auf der Ebene der psychischen Fakten ändert die Rekurrierung auf die strafrechtliche Reaktion freilich nichts, resp. etwa die psychologische Strafdrohungstheorie *Feuerbachs*[683] und die Norm – supponiert als „strafrechtliche“ Norm[684] – als einziger Gegenstand einer „kommunikativ relevanten Stellungnahme“ des Täters führen insoweit zum gleichen Ergebnis: *Hier wie dort läßt sich das deliktische Verhalten nur als Verzicht auf die strafrechtliche Beziehung deuten*. Die Konstatierung dessen im letzteren Falle, daß nicht an den „Normentwurf“ des Delinquenten, sondern an die gebrochene Norm angeschlossen werden soll, weist auf die strafrechtliche Beziehung nicht *wegen*, sondern gerade *trotz* der verwirklichten Tat hin. Es bleibt

[678] *Jakobs*, Handlungsbegriff, 35 f.
[679] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 83.
[680] *Jakobs*, Strafrecht AT, 1/6.
[681] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 99 f und passim.
[682] *Jakobs*, Staatliche Strafe, S. 29 ff.
[683] *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, 1799, S. 42 und passim.
[684] Ähnliche Relativierung, obgleich es um Projizierung der *straf*rechtlichen Reaktion geht, erfordert nämlich auch der erstere Aspekt, denn wo es auf „Straf*drohung*“ ankommt, ist im Grundsatz keine strafrechtliche Beziehung konstruierbar, was aber an dieser Stelle noch dahinstehen kann.

allenfalls bei einem nur formalen Zusammenhang, denn niemand sonst, wenn nicht das Subjekt der strafrechtlichen Beziehung, vermag die aktuelle Norm – also im Rahmen der erwähnten Unterstellung – zu verletzen. Das *Jakobs*sche Verständnis von Normbruch setzt wiederum schuldhaftes Verhalten voraus[685]. Wo hingegen die Norm schon für den Schuldunfähigen bzw. für kein Subjekt der strafrechtlichen Beziehung „gilt", entfällt auch der o. e. nur formale Zusammenhang.

4. 3. ALLGEMEINE KONTINUITÄT DER INSTITUTIONELLEN KOMPETENZ

Wesentlicher ist jedoch eine weitere Konsequenz, und zwar die folgende: *Der Sinn einer präventiv orientierten Straftheorie liegt gerade darin, daß sie auf kein deliktisches Verhalten innerhalb der strafrechtlichen Beziehung angewiesen wird*. Ob es nun um bloße „Abschreckung" oder um „Einübung in Rechtstreue" nur des Täters oder mit ihm jedes anderen Zurechnungsfähigen (also als „psychophysisches System" oder i. S. der „Behandlung als Person" bzw. der „Anerkennung als Gleicher") geht[686], wird die Strafe hier jedenfalls nur prospektiv bestimmt bzw. niemals auf das gerichtet, was in der Rechtsbeziehung im allgemeinen schon vorhanden sein könnte, und der skizzierte formale Zusammenhang erweist sich dafür eben als durchaus hinreichend. Genauer formuliert: Hiermit erklärt sich u. a. der aktuellen Konzeption immanente „zweideutige Situation"[687], wonach einerseits der Delinquent nur als „formelle Person" betrachtet wird, andererseits jedoch die „formelle Personalität" noch keine Strafbegründung ermöglicht. Eine präventiv fundierte Strafe setzt demgemäß in bezug auf die geschehene Tat keine Rechtsbeziehung fort; vielmehr weist sie im Falle des normativen Handlungsbegriffs dem „Kommunikationsteilnehmer" *etwa* – denn *präventiv* werden die Subjekte der strafrechtlichen Beziehung eben weder konstituiert noch „rekonstituiert" – den Weg dorthin, scil. als keinem „Täter". Was also dabei vorliegt, ist vor allem die durch das Verbrechen unterbrochene materiellrechtliche Beziehung, *resp. sie hat hier keine Gegenwart*, sondern bleibt allenfalls *bloß rein retrospektiv (im Rahmen der normativen Handlungslehre) und rein prospektiv (aus der Perspektive präventiv entwickelten Strafbegriffs)* „sichtbar".

Warum, mit anderen Worten, der Delinquent in einem mehr als nur „formellen" Sinn als Subjekt der Rechtsbeziehung erfaßbar sein kann, ist die Frage, auf die jeder normative Ansatz eine Antwort schuldig bleibt, die lautet: *Sowohl das deliktische Verhalten als auch die Strafe werden von der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung umfaßt*. – Es soll nicht um isoliert genommene Institutionen und daraus resultierende Pflichten i. S. der „Schwachheit" der sozialen Normen gehen, sondern um *allgemeine Kontinuität der institutionellen Kompetenz,* und sie ist nicht durch normative Ansätze zu gewährleisten, etwa im Rahmen einer einseitigen „Kommunikation" durch Zurechnung

[685] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 42.
[686] *Jakobs:* Schuldprinzip, S. 26 f; Strafrecht AT, 17/18, 48.
[687] *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 100 f.

der „Negation der Normgeltung“ als „Fehler“ und Institutionalisierung des „Anschlusses“ an die negierte Norm, sondern nur genuin funktional. Eine Gewichtsverlagerung von der Didaktik auf die Theorie erfolgt dabei im Endergebnis nicht durch einen Blickwechsel per se vom Verbrechensaufbau auf den Verbrechensbegriff, denn ohne weiteres ist ein solcher Blickwechsel nun einmal nicht möglich, sondern nur durch Übergang vom „stufenweisen“ Aufbau der Strafrechtsverwirklichung, der nicht zuletzt *den Strafbegriff* (im Gegensatz etwa zu demjenigen der „Strafandrohung“) alles andere als materiellrechtlichen Begriff erfassen läßt, zu einer für die „stadiale“ Betrachtung fremden Komplexität der materiellrechtlichen Beziehung, was seinerseits eben den springenden Punkt ausmacht, von dem die Verschiebung des Akzents von den Elementen des Delikts auf den Begriff des Delikts abhängt[688]. Hauptsächlich kommt es, mit anderen Worten, auf eine im Rahmen der institutionellen Kontinuität aktuelle Straftheorie an.

Käme es beim Handlungsbegriff nur auf Normgeltungsschaden an, wäre die Gesellschaft im Bereich des strafrechtlich Relevanten als kein kontinuierlicher Prozeß erfaßbar; vielmehr bliebe es insofern i. S. des „handelnden“ Subjekts, nicht anders als bei der Rechtsgutsverletzung als zentrale Richtlinie der sozialen Handlungslehre, überhaupt bei einem isoliert genommenen Zustand. Zwischen normgeltungstheoretischen und rechtsgutstheoretischen Prämissen darf es hier wohl auch weiter nicht an Reminiszenzen fehlen: Wo es um Schuldhaftung in einer „entzauberten“ Gesellschaft geht, muß dann die Straftheorie konsequentermaßen auf Prävention abstellen. Prävention bildet aber eben solchen einseitigen Vorgang, wie einseitig der „Handelnde“ nur mit Bezug auf Normgeltung „den Sinn ausdrückt“, und die „Handlung“ verkörpert dabei eben den bloßen „Anlaß“[689], nichts interaktionistisch Erschließbares. Man mag in dieser Aufeinanderfolge von institutionell aktuellen „Zuständen“ die Gesellschaft als – wenn auch nicht lückenlos zusammenhängenden – Prozeß erblicken, nur hängt davon für die Handlung als deliktisches Verhalten nach normativen Deutungsschemata nichts ab. Denn aus der Perspektive eines einseitig-„kommunikativen“ Handlungsbegriffs gibt es zwischen einem schuldhaften Verhalten, das Strafe auslöst und einem solchen, das nun einmal zu keiner Strafe geführt hat, sei es wegen eines Strafausschließungs- oder eines Strafaufhebungsgrundes, *keine* Differenz; vielmehr erschöpft sich hier das Wesen der Handlung überhaupt in einem negativen Zusammenhang mit der verletzten Norm.

5. „KOMPLETTE THEORIE“

5. 1. DIE FORMALBEGRIFFLICHE KORRELATION

Jedenfalls beseitigt sich hier vor allem die abstraktifizierende Spezifik der auf den naturalistisch-faktischen resp. sachlogischen Gesichtspunkt bezogenen Handlungsmodelle endgültig, wo die „Handlung“, wie bereits gezeigt, zu einem „Begriff von einer didak-

[688] 2/II.

[689] *Lesch*, Verbrechensbegriff, passim.

tisch nützlichen Deliktseingangsstufe“[690] verkümmert, scil. ohne jegliche konkrete Manifestation des *gesamt*systematischen Kontexts, abgesehen gerade von rein ordnungstechnischen Zusammenhängen, die also nicht im Handlungsbegriff selbst, sondern nur noch durch den Begriff der Handlung als „Aufbauelement“ des Verbrechenssystems entfaltet werden.

Der Handlungsbegriff muß allerdings nicht nur allen Verbrechensmerkmalen in ihrer Gesamtheit genügen, wie die o. a. Zwischendefinition als erster Schritt in diese Richtung aufgefaßt werden darf, sondern auch jedem Verbrechensmerkmal im einzelnen. Die Handlung soll sich, mit anderen Worten, systemspezifisch gliedern lassen, scil. gleichermaßen konform mit jedem konstitutiven Deliktselement. Im Falle der Tatbestandsmäßigkeit scheint es aber hier bereits nicht der Fall zu sein, was sich freilich ändert, sobald ins Spiel die oben betonte Materialität unmittelbar gebracht wird: Auf der interessierenden systematischen Ebene liegt ein Verhalten vor, das sich material als Segment – oder entsprechende Segmente, es ist eine Frage der Didaktik – des strafrechtlichen Handlungsbegriffs charakterisieren läßt und nur deshalb (*hier* liegt der verbrechensbegrifflich relevante Schwerpunkt!), weil es eine *Virtualität* (beschränkend erst einmal auf die Unrechtshandlung, die durch den besagten Entwurf vermittelt wird[691]) der „Objektivierung der Nichtanerkennung der Normgeltung“ einbegreift. Dort hingegen, wo es sich um eine von der Materialität losgelöste Normativität des Handlungsbegriffs handelt, kann die Rede in der systematischen Sphäre der Tatbestandsmäßigkeit – so wie auch in derjenigen des Unrechts im allgemeinen, wie unten zu zeigen sein wird – nicht von einem strafrechtlichen Handlungssegment sein, sondern nur um eine nichtssagende virtuelle „Handlung“. Das gegebene Handlungsmodell erfordert aber in dieser konkreten Hinsicht keine Entwicklung; es entfaltet sich hier vielmehr von sich aus durchaus präzise[692].

Wiederum bildet die Tatsache, daß die handlungsbegrifflich relevanten Überlegungen in der Konzeption von *Jakobs* in aller Deutlichkeit über die Unrechtssphäre hinausgehen, nur eine Seite des Problems. Andererseits und hauptsächlich geht es hier um keine bei den vorrechtlich „allgemeinen“ oder dem positiven Recht entnommenen „spezifisch strafrechtlichen“ Handlungskonzepten i. d. R. nicht gewollten, dennoch immer wieder auftauchenden formalen „Vorgriffe“ auf die Ebene des Unrechts wie der Schuld, sondern darum, daß sie als konstitutive Merkmale des strafrechtlichen Handlungsbegriffs erfaßt werden. Erst in diesem Sinn kommt es dabei auf die Maßgeblichkeit des gesamtsystematischen Gesichtspunkts an, wonach „Unrecht löst eben keine Strafe aus, vielmehr ist der Unrechtsbegriff strafrechtlich ein bloßer Hilfsbegriff[693]. Deswegen muß ein Hand-

[690] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 13.

[691] Ibid., S. 34; *ders.* Strafrecht AT, 17/19.

[692] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 43; s. insofern auch zum Tatbestand als „Produkt der Norminterpretation“ *ders.,* Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, in: FS H. J. Hirsch, 1999, S. 59.

[693] Vgl.: *Jakobs,* Handlungssteuerung, a. a. O., S. 956; *Rudolphi,* Schuldlehre, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, AT, 2. Aufl., 1977, S. 160.

lungsbegriff, der das gesamte Programm des Strafrechts speichert, bis zur Schuld[694] durchgezogen werden“[695]. Mit anderen Worten, worauf es ankommt, ist keine abstrakt vertiefte Konnotation eines dem Tatbestand vorgelagerten Handlungsbegriffs, wie dies etwa seitens der sozialen Handlungslehre dem Finalismus wegen der Abstellung auf die „Vermeidbarkeit“ als Vorgriff auf die Schuldsphäre oder seitens der personalen Handlungslehre den „gewissen Versionen“ der sozialen Handlungslehre wegen des Bezugs auf die „strafrechtlich geschützten Rechtsgüter“ als Vorgriff auf die Unrechtsebene vorgeworfen wird, sondern Handlung ist hiernach, wie bereits hingewiesen, *„Sich-schuldig-Machen“*[696]. Es gibt dabei keinen „allgemeinen“ Handlungsbegriff *vor* der Gesellschaft oder einen *meta*sozialen „spezifisch strafrechtlichen“, sondern „ein strafrechtlicher Handlungsbegriff muß (...) Gesellschaft und Strafrecht auf den Begriff bringen“[697].

5. 2. UNRECHT ALS HILFSBEGRIFF

5. 2. 1. *LESCH* VS. *JAKOBS*

Muß nun hiermit der strafrechtliche Handlungsbegriff nach dem o. e. Verständnis *„eine möglichst komplette Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens“* (dieses wiederum verstanden als kein „Sammelsurium von heterogenen Merkmalen“, sondern als „*eine* Sinneinheit“) enthalten, so heißt das nicht zuletzt, daß es gesellschaftstheoretisch im Strafrecht weder ein schuldunfähiges Handlungssubjekt noch bloß eine „Unrechtshandlung“ überhaupt denkbar sein kann[698]. Ungeachtet dessen, daß es hier um wesentlich mehr als rein äußerliche Bezogenheit individuellen Verhaltens auf die Unrechtsebene geht, läßt es sich genuin sozial kaum bestreiten, daß ein solches das Unrecht selbst einverleibendes Unternehmen „im gültigen Deutungsschema“ als kein „Verletzen“[699] und somit als keine „Handlung“ in einem *straf*rechtlich relevanten Sinne aufgefaßt werden kann.

Zweifellos läßt sich das Unrecht in einem weiteren Sinne begreifen, indem man es aus einem naturalistisch „personalen“ in einen institutionell aktuellen personalen Begriff umzuwandeln versucht, wie dies vor allem in der Verbrechenslehre von *Lesch* mit Berufung auf *Hegel* schlagend bewiesen wird, und *Handlung, Unrecht, Schuld und Verbrechen werden infolgedessen als Synonyme aufgefaßt*[700]. Zwar läuft die *Jakobs*sche Korrelation zwischen dem Handlungs- und dem Verbrechensbegriff eben auf die Auf-

[694] Wobei die Schuld als „zurechenbare Normuntreue“ u. a. keine „Schuldfähigkeit“ von juristischen Personen voraussetzen kann: *Jakobs,* Strafbarkeit juristischer Personen? a. a. O., S. 568.
[695] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 44.
[696] Ibid.
[697] Ibid., S. 12.
[698] Ibid., S. 13, 42.
[699] Ibid., S. 41.
[700] S. *Lesch,* Verbrechensbegriff, passim.

fassung von *Hegel* hinaus[701], hinsichtlich des verbrechenssystematischen Zusammenhangs zwischen Unrecht und Schuld bleibt es dabei bei der traditionellen Trennung, scil. etwa i. S. des „Regelverstoßes" in ersterer und des „Einstehenmüssens für den Verstoß" in letzterer Hinsicht[702]. Ob nun der Unrechtsbegriff auf das gesamte Verbrechenssystem erstreckt oder nach traditionellen Maßstäben erschöpft werden soll, mag hier dahinstehen. Jedenfalls ist das, was durch verbrechenssystematische Kombinierungen vor der Schuldsphäre vorliegt, eben eine Hilfskonstruktion.

5. 2. 2. ZURECHNUNGSFÄHIGKEIT

Freilich geht *Lesch*[703] auch in dieser Hinsicht weiter, indem *er* e. c. die systematische Bedeutung der Zurechnungsfähigkeit schon vor jeder solchen Kombinierung zu erschließen anstrebt. Ob nun die Zurechnungsfähigkeit an die Spitze des Verbrechenssystems (als „erstes Moment der objektiven Zurechnung")[704] plaziert wird oder nicht, davon hängt allerdings für den Verbrechensbegriff (wie denjenigen des damit gleichgesetzten „Strafunrechts") nicht viel ab, und in diesem Sinn gibt es aus einer theoretisch aktuellen Sicht kein Hindernis für die Annahme des bestechenden Vorhabens von *Lesch*. Wie aber eben auch für das Gegenteil, und zwar ohne daß dadurch der Blick auf die „Person des Täters" bzw. auf die „Subjektsqualität"[705] aufgegeben werden soll. Denn der prinzipielle Unterschied zwischen zurechnungsfähigen und -unfähigen Subjekten betrifft ja nur die Ebene der normativen Erwartungen[706], auf derjenigen der institutionalisierten Möglichkeiten machen die ganze Differenz nur die *formalen* Einschränkungen

[701] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 41.

[702] Mit folgender Argumentation: „Zumindest einige, nämlich die sich auf Unrecht beziehenden Regelungen der Schuld, lassen sich nicht in die Norm hineinnehmen, sondern bilden einen Bereich von Metaregeln. Deshalb wird die Trennung zwischen dem Unrecht als Regelverstoß und der Schuldhaftigkeit des Unrechts als Einstehenmüssen für den Verstoß logisch erzwungen (...)" (*Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 43). Jede solhe Korrelation, weil es diejenige zwischen isoliert (vom Begriff des Verbrechens) genommenen Deliktselementen ist, gehört allenfalls zur Ebene der Didaktik des Deliktsaufbaus, wo sie auch einwandfrei funktionieren mag, unterminiert aber vor allem die *Jakobs*sche Orientierung der Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens auf gesellschaftstheoretisches Deutungsschema selbst. Aus der Sicht einer „durch seine Pflichten und Rechte konstituierten Person" als Subjekts der strafrechtlichen Beziehung, denn dieselbe Pflichten wie Rechte kann es auch außerhalb der strafrechtlichen Beziehung geben, heißt die erwähnte Formel, daß anhand des Unrechtsurteils – das u. a. nichts über Zurechnungsfähigkeit des Subjekts der „Unrechtshandlung" besagt – ohne weiteres feststeht, daß man seiner Pflicht nicht nachgekommen ist. Die Pflicht, die ohne Rücksicht auf ultra posse nemo obligatur konstruiert wird, ist aber *keine interaktionistisch relevante Pflicht*, weil sich daran eben keine interaktionistisch relevanten Erwartungen knüpfen lassen, sondern ordnungstechnisches Trugbild, und es hat mit der strafrechtlichen Beziehung als institutionell kompetenter Interaktion nicht viel gemeinsam.

[703] *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 221 ff.

[704] Ibid.

[705] Ibid., S. 210 f, 221 ff und passim.

[706] A. A. *P. González-Rivero*, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen, S. 130, *die* von der „Enttäuschung einer normativen Erwartung" als „Gegenstand des Unrechts" (also im Rahmen der traditionellen Trennung zwischen dem Unrecht und der Schuld) ausgeht.

etwa i. S. der Fremdverwaltung[707] aus. Vor allem dürfte es dabei auf weniger als dezidierten Rekurs *Baumanns* auf die Zweispurigkeit des Sanktionensystems im Strafrecht (Strafe/Maßregel) ankommen, die wiederum *Lesch* zu Recht in das genuin Strafrechtliche und das genuin Polizeirechtliche aufspaltet[708]. Wer sich gegen einen rechtswidrigen Angriff wehren darf, und das darf jeder, dem läßt sich nicht eine metainstrumentelle Fähigkeit absprechen, sich tatbestandsmäßig zu verhalten. *Keine Realisierung des subjektiven Rechts* bei einem tatbestandsmäßigen Vorgehen ist aus der Sicht einer institutionell kompetenten Interaktion das, was den Inhalt des der Schuld vorgelagerten „Unrechts" per se ausmacht, und es erhellt keineswegs, wieso es bei einem schuldlosen „Unrecht", für das sich eben keine genuin strafrechtliche Reaktion vorsehen läßt, auf mehr als diesen nur-negativen Inhalt zwingend ankommen müßte. Ein solches „Unrecht" verändert, mit anderen Worten, in der strafrechtlichen Beziehung ohnehin nichts, muß also dort nicht notwendig sichtbar gemacht werden, scil. durch Hinzufügen des Pflichtenbezugs. Das letztere Moment wird entscheidend, und es *transformiert den Inhalt* jedes ähnlichen Konstrukts im Hinblick auf die „Subjektsqualität" (erst), wo das „Unrecht" als Bestandteil des (bereits vorliegenden) Verbrechens zutagetritt (nicht zuletzt korreliert nach dieser Lage der Pflichtenbezug niemals mit „abstraktem", sondern immer nur mit „konkretem" Sollen als interaktionistisches Sinnbild[709]). Muß also der Unterschied zwischen der Zurechnungsfähigkeit und der Zurechnungsunfähigkeit auch außerhalb des verwirklichten Verbrechens derart nachweisbar sein, daß er mit dem Verlauf der strafrechtlichen Beziehung in keinen Zusammenhang gebracht werden kann? Wie und wo sich die Didaktik des Deliksaufbaus und die Didaktik der Deliktsermittlung decken, ist jedenfalls kein Gegenstand der strafrechtlichen Theorie, sondern allemal ein sekundäres Problem[710].

5. 2. 3. DAS NEO*HEGELIANISCHE* PROGRAMM

Aus der Perspektive, aus der man die erwähnte „Vorläufigkeit"[711] als „Unrecht" bezeichnet, läßt es sich ohne weiteres behaupten, daß „erstens an das Unrechtsurteil Konsequenzen scheinsystematischer Art geknüpft werden, etwa für die Regelung der Beteiligung oder für die Anwendung von Notrechten. Dieser Grund ist ganz äußerlich; man sollte diesen Instituten eine *eigene* Systematik geben. Zweitens wird argumentiert, es liege doch auf der Hand, daß der Schuldlose nicht töten oder nötigen oder betrunken Auto fahren dürfe. Aber er darf auch vieles andere nicht, ohne daß dies strafrechtlich relevant wäre: Die öffentliche Sicherheit und Ordnung und die zivilrechtlich und poli-

[707] S. *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 30 f.
[708] *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 225 ff.
[709] S. aber zur „zirkulären Struktur" des „Strafunrechts" *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 220 f.
[710] S. wiederum *Schünemann,* Grund und Grenzen, S. 30, wonach die Zurechnungsfähigkeit als „systematischer Grundbegriff" in einem „*tatstrafrechtlichen* System" unentfaltbar sei, resp. i. S. des „Grundsatzes der Substratadäquanz".
[711] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 44.

zeirechtlich geregelte Schadlosigkeit der Güterwelt und auch der Bestand von Notrechten haben nichts mit dem Strafzweck zu tun, Normgeltung zu stabilisieren, und daß im Entschuldigungsfall strafrechtlich nun einmal mit der Normativität der enttäuschten Erwartung nicht ernst gemacht, sondern auf kognitive Sicherungen ausgewichen wird, läßt sich nicht wegdeuten“[712]. Die für den Handlungsbegriff daraus resultierenden Konsequenzen stellen in ihrer Allgemeinheit eine längst anstehende Lösung dar.

Anders gewendet: Die Handlung muß also nicht ein abstraktes Verbrechenselement verkörpern, wie sie in den oben dargestellten Handlungslehren vorkommt, sondern das Verbrechen selbst[713], scil. nicht zuletzt i. S. der durch das *Liszt-Beling-Radbruch*sche Verbrechenssystem abgelöste Konzeption von *Hegelianern*: „Die Handlung soll sich mit der Zurechnung zur Schuld decken. Das Verschulden wird mithin zum Begriffsmerkmal der Handlung“[714], die Handlung selbst zum „*Synonymum* des Verbrechens“[715]. Umfassen denn aber Unrecht und Schuld „das gesamte Programm des Strafrechts“? Gewiß nicht: Zum Strafrechtsprogramm gehört nämlich *die Strafe*, und zwar in einem wesentlich weiteren Sinne als ein didaktisches Konstrukt für den Deliktsaufbau. Ein schuldhaftes Verhalten, das – aus welchem legislativ möglichen Grund auch immer! – nun einmal keine Strafe auslöst, ergibt das strafrechtlich relevante Gesamtbild nicht, denn jenseits dieses Bilds ist die Strafe in ihrer Veritabelität undenkbar. Wenn aber bei *Jakobs* die Einbeziehung der Schuld in den Handlungsbegriff darauf zurückgeführt wird, daß das Strafrecht nur auf schuldhaftes Verhalten reagiert, so ist schon dies keine aus dem insoweit vertretenen gesellschaftlichen Sinndeutungsschema gezogene Konsequenz, sondern die Erfassung einer „kompletten Theorie“ strafrechtlich relevanten Verhaltens im Handlungsbegriff weicht hier auf einen ordnungstechnischen Funktionalismus aus: Bei der einseitigen „Kommunikation“ kommt es auf keine Auslösung der Reaktion an.

5. 3. DIE EINBEZOGENE SCHULD

5. 3. 1. HANDLUNG ALS NUR „SCHULDHAFTES“ VERHALTEN?

Durch einen normativen Handlungsbegriff läßt sich also die (herrschende) Strafrechtslehre als „die Lehre von den Elementen eines Delikts“ resp. das Strafrecht als „Kunde vom Deliktsaufbau“[716] nicht prinzipiell umdenken. Das „gesamte Programm des Strafrechts“ speichert erst *ein bis zur Strafe durchgezogener Handlungsbegriff*; und zwar „durchgezogen“ nicht i. S. eines Programms, das durch die im voraus bzw. autonom konzipierten Deliktskomponenten, also „genuin“ didaktisch festgelegt wird, denn in solchem Fall hätte schon die Handlungslehre von *Jakobs* dem o. e. *Bubnoff*schen Monitum

[712] Ibid., S. 42.
[713] Ibid., S. 44.
[714] *Radbruch,* Handlungsbegriff, S. 88.
[715] Ibid.
[716] *Jakobs:* Tun und Unterlassen, S. 17; Handlungsbegriff, S. 21.

über die „systematische Wertlosigkeit“ eines mit dem Verbrechen identischen Handlungsmodells eben nichts entgegenzuhalten, sondern nach einem theoretisch aktuellen Kontext, auf den das Programm samt dessen Grundbestandteilen selbst zurückzuführen ist.

Daß es kein vor der Auslösung der Strafe „abgeschlossener“ Handlungsbegriff genuin strafrechtlich möglich ist, heißt noch bei weitem nicht, daß ein „schuldhaftes Verhalten“, in bezug auf welches auf Strafe verzichtet werden muß, etwa keine „Handlung“, und zwar keine „strafrechtliche Handlung“ sei. Nur geht es dabei um blosse Ausnahmen. Wovon im gegebenen Kontext, mit anderen Worten, die Rede sein kann, ist kein Unterschied zwischen „Handlung“ und „Nicht-Handlung“, sondern die Differenzen innerhalb eines Handlungsbegriffs, die eine normative Betrachtungsweise nicht zu kennen vermag. In umgekehrter Hinsicht lautet dies, daß der Verzicht auf Strafe für den Gegenstand der Strafe (Handlung bzw. Verbrechen), interaktionistisch gesehen, nicht belanglos ausfallen kann.

Nicht zuletzt gibt es nach diesem Verständnis keinen der Handlungslehre vorgegebenen Schuldbegriff, den sie einbeziehen sollte[717]. Mehr noch: Im Ergebnis bedeutet eine entgegengesetzte Version der Verlagerung des Akzents von der Didaktik auf die „Theorie“ i. d. R. die Quadratur des Kreises, wie dies etwa am Beispiel eines das gesamte Verbrechenssystem umfassenden normativen Handlungs- *und* eines funktionalen Schuldbegriffs der Fall sein muß. Zwar lassen sich dabei auch kontingente Übereinstimmungen nicht ausschließen, aber Zufallsergebnisse heben gerade keine Handlungslehre „in den Rang einer Theorie“[718]. Denn jede solche „Kompatibilität“ ergäbe nichts weiter als ordnungstechnisches Ebenmaß. Wo sich die Schuld im „Deliktsaufbau“ per se erschöpft, besagt für deren theoretisch aktuelle Reichweite noch nichts. Anders formuliert: Es ist im wesentlichen kein isoliert vom *Begriff* des Verbrechens abgeschlossener Schuldbegriff möglich, während seinerseits kein isoliert von der Auslösung der Strafe abgeschlossener Verbrechensbegriff seinem Wesen nach möglich sein kann.

Nicht einmal für den der Schuld vorgelagerten Unrechtsbegriff gilt insofern etwas anderes. Die Ebene, wo sich die „komplette“ Gestalt des Unrechts etwa auf die „Indizierung“ der Schuld beschränkt, ist diejenige der „Didaktik der Deliktsermittlung“[719] (der Unrechtsbegriff als „Hilfsbegriff zur Ermittlung der Schuld“[720]), nicht jedoch einer „Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens“. Unter dem letzteren Aspekt läßt sich die Vollständigkeit des Unrechtsbegriffs ebensowenig an seiner Stellung und damit verbundenen „Funktion(en)“ im „Deliktsaufbau“ messen, sondern hängt immer nur davon ab, was das Delikt im Rahmen der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung leistet. Kommt es damit in keine Berührung, schließt sich also eine komplett entfaltete Sinndeutung der Handlung (nach interaktionistischen Maßstäben) gerade aus, so erschöpft

[717] So aber ibid., S. 45.
[718] Ibid., S. 23.
[719] Vgl. am Beispiel des „deliktischen Vorsatzes“ *Jakobs*, Dolus indirectus, S. 586.
[720] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 43.

sich von einem spezifisch theoretischen Standpunkt aus weder Unrecht noch Schuld: Es kommt auf die Maßgeblichkeit eines allgemeinen Kontexts an, der nicht durch allein für sich auftretende Deliktskomponenten bestimmt wird. Im Rahmen eines aus der funktionalen Handlungslehre resultieren *heterarchischen Verbrechenssystems*[721] wird dies deutlich aufgezeigt.

Eine solche Komplexität von Unrecht und Schuld verwandelt sie nicht aus den „Elementen eines Delikts" etwa in „identische" damit Begriffe, nur kommt das Hauptgewicht nicht mehr den gegebenen „Elementen" zu, sondern dem sie umfassenden Begriff, und in diesem Sinn hat die Erfassung des „gesamten Programms des Strafrechts" kaum noch etwas zu tun mit dem „Ordnen des vorhandenen Materials"[722] als „Deliktsaufbau", sondern überträgt sich auf die Ebene der strafrechtlichen Beziehung (als institutionell kompetenter Interaktion), scil. läßt sich nur als Erfassung der allgemeinen Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung begreifen. Die (strafrechtliche) Handlung bzw. das Verbrechen als „schuldhaftes Verhalten", „Sich-schuldig-Machen" etc. ist ein auf schier didaktische Formel reduzierter „Begriff", den eine Strafrechtslehre als „Lehre von den Elementen eines Delikts" abgeben kann. Die Aufgabe eines gesellschaftlich fundierten Handlungsbegriffs besteht aber gerade darin, das Verbrechen als ordnungstechnisches Definiendum zu überwinden. Wäre dem anders, so gäbe es keinen Unterschied zwischen einer gesellschaftstheoretischen und einer „spezifisch (straf-)rechtlichen" Sichtweise etwa *Binding*scher Ausprägung, wonach „(...) für den Juristen ist Handlung nur die rechtlich relevante Handlung; im Strafrecht gibt es nur *eine* rechtlich relevante Handlung: das Verbrechen, also ist für den Kriminalisten das Verbrechen *die* Handlung schlechthin, und ‚was außerhalb des Rechts Handlung ist oder heißt, ist für dessen Bereich völlig gleichgül tig' "[723]. Freilich gelingt das Gegenteil begriffsmäßig nur dann, wenn die Möglichkeit, den Handlungs- bzw. Verbrechensbegriff seinerseits gemäß einem isoliert präjudizierten Schuldkonzept (und Unrechtskonzept) bestenfalls „modellieren" oder schlimmstenfalls „begründen" zu müssen, ausgeräumt wird.

Da es bei der „Didaktik irgendwoher überkommener Zusammenhänge" und einer „strafrechtlichen Theorie"[724] nur auf im wörtlichen Sinn divergente Tendenzen der „Begriffsbestimmung" ankommen kann, ist die erwähnte Formel im letzteren Falle nur noch als Akzentuierung eines Strukturelements der Handlung, nicht aber als Begriff der Handlung erfaßbar, denn die Schuld selbst hängt hier begriffsmäßig von der sie umfassenden Handlung ab, – vs. Schuld als „Handlungsvoraussetzung"[725]. Doch gibt es in dieser Hinsicht ebenso evident keinen Unterschied zwischen „spezifisch rechtlicher" Konzeption von *Hegelianern* bzw. *Binding* und genuin sozialer Sichtweise. Ist man jedoch darin einig, daß einerseits: der „Deliktsaufbau" oder die „Didaktik der Deliktsermittlung" und

[721] *L.-G. Kutalia,* Das heterarchische Verbrechenssystem, 2008; 2/IV.
[722] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 13.
[723] S. *Radbruch,* Handlungsbegriff, S. 89.
[724] *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 21.
[725] Ibid., S. 41 ff.

eine „Theorie“ strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht ein und dasselbe ist, scil. daß die Explikationen *durch* (Unrecht und) Schuld im Rahmen des ersteren, nicht aber des letzteren Bereichs stattfinden, andererseits: die Ebene der Begriffsbildung nicht diejenige der Didaktik der Deliktsermittlung o. ä., sondern nur diejenige der Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens sein kann, so liegt auch die Erkenntnis zum Greifen nah, daß ein vorinteraktionistisch erfaßter Handlungsbegriff nun einmal als kein Verbrechensbegriff, also als kein strafrechtlicher Handlungsbegriff gedacht werden kann. Genauer gefaßt: Ein solches Handlungsmodell gibt für die Begründung des Begriffs des Verbrechens noch keinen Ausschlag; der alles andere als gewollte, aber im Rahmen der gegebenen Auffassung eben unumgängliche Rekurs auf die Didaktik vielmehr zeigt, daß die Handlungslehre hier schon vor einem genuin theoretisch festgelegten Verbrechensbegriff „aufhört“, dessen etwa „systemspezifische“ Gestalt wenn auch nicht von vornherein, beim entscheidenden Bezugspunkt doch der Didaktik des „Deliktsaufbaus“ überlassen wird.

Angesichts dessen, daß man schon seit *Beling*[726] ohnehin an einem vom Strafzweck her bzw. „funktional“ aufgebauten Straftatsystem[727] festzuhalten pflegt, steht mithin dem gegebenen didaktisch komplementierten Handlungsbegriff nichts im Weg, seiner Schlüsselaufgabe, „Gesellschaft“ und „Strafrecht“ auf den Begriff zu bringen, nachzukommen, nur zeichnet sich dabei eben kein anderer kategorialer Zusammenhang zwischen Gesellschaft und Strafrecht ab als dies in der sozialen Handlungslehre der Fall war. Zwar ist in der Auffassung *Jakobs'* ein Lösungsversuch per se kaum übersehbar, der aber noch gerade kein genuin sozial abgeschlossenes Verständnis von Gesellschaft abgibt und somit auch *keine Überwindung des soziologistischen Positivismus ermöglicht*. Hier wie dort wird also dem Strafrecht – anstatt der schieren Naturalismen – die „Gesellschaft“ *vorgelagert*. Soll es nun im Gegensatz zu einem abstrakt „allgemeinen“ Handlungskonzept der sozialen Handlungslehre nach dem „strafrechtlichen“ Handlungsbegriff der in Rede stehenden Konzeption nicht nur auf die „Gesellschaft“, sondern auf die „Gesellschaft“ und „Strafrecht“ ankommen, indem die „Handlung“ nicht „vortatbestandlich“ erfaßt, sondern „bis zur Schuld“ durchgezogen wird, so ist das nur noch eine streng innerhalb dieser resp. durch die soziale Handlungslehre vermittelte Verbindung lokalisierte Differenz. Es ist kein Wort darüber zu verlieren, daß auch die oben analysierte *Bubnoff*sche Kritik des sozialen Handlungsbegriffs im Ergebnis ebensowenig über den interessierenden Kontext hinausgeht. Jede mögliche Variation solcher Auffassung garantiert nur, daß die Herstellung des Bezugs auf das „gesellschaftlich“ Relevante eine C. s. q. n. des strafrechtlich aktuellen Gesichtspunkts bildet (so wäre unterhalb dieses Niveaus strafrechtlich kein Unterschied zwischen formellem und materiellem Verständnis von Schuld erkennbar), vermag aber andererseits nur noch den Blick darauf zu versperren, daß – geschweige denn warum – das (Straf-)Recht selbst einen Beitrag zur Konstruierung der Gesellschaft leistet.

[726] 2/IV.

[727] S. *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 43 f.

Gegen die „sozialen“ Handlungskonzepte immer wieder vorgebrachte Einwand, sie seien nicht imstande, zu einem erschöpfenden Bild von rechtlicher Intersubjektivität zu führen, betrifft wiederum nach dieser Lage in keinem geringeren Maße auch den Handlungsbegriff von *Jakobs*. Was dabei i. S. einer Distanzierung von naturalistischer Betrachtungsweise als solcher behauptet wird: daß der Handlungsbegriff nicht „vor“, sondern „*in* der Gesellschaft“ zu suchen sei[728] bzw. der Ausgangspunkt der strafrechtlich relevanten Überlegungen nicht die abstrakte „Tätersubjektivität“, sondern eben die *„Intersubjektivität“* darstelle[729], ist hier bei weitem nicht das Wesentliche, sondern das, inwieweit die gegebenen Thesen mit der insofern angesprochenen Grundtendenz im Lichte der Sozialität selbst vereinbar sind. Es ist offensichtlich, daß durch die Abstellung auf den oben betonten Zusammenhang zwischen „Gesellschaft“ und „Strafrecht“ keine vollständige Entfaltung des sozialen Gesichtspunkts beabsichtigt wird: *Gesellschaft ist keine Vorstufe des Strafrechts* und in diesem Sinn etwa kein pauschaler Trennungsstrich zwischen Rechtlichem und Außerrechtlichem, vielmehr gibt es kein Rechtssystem außerhalb der Gesellschaft, was nicht jenseits einer genuin sozialen Betrachtungsweise sichtbar gemacht werden kann.

Worum es dabei bereits gehen muß, ist keine lineare Faktitivität der Gesellschaft, „in der das Gesetz angewendet werden soll“, sondern eine wechselseitige Beziehung zwischen Gesellschaft und Strafrecht. Generell gesehen, es kann etwa nicht nur um *Jakobs*schen Ansatz: „Konkretisierung“ durch „Gesellschaft“ oder nur um *Hegel*schen Ausgangspunkt: „Abstraktifizierung“ durch „Rechtsbeziehung“ gehen, vielmehr liegt die Lösung eben nur in der Mitte, scil. auf der Ebene *korrelativ aufgeladener* Rechts- und Sozialitätskonzepte. Dies wiederum nicht zuletzt gerade in einem metarechtssoziologischen bzw. „-soziologisierenden“ Sinn[730], wobei „die Rechtssoziologie als Tatsachenwissenschaft“ u. a. „keine Angaben über den Norminhalt machen“, sondern „diesen voraussetzen“ kann: „Die ‚soziologisierende‘ Bildung der Rechtsbegriffe ist daher nur dann plausibel, wenn man dem Recht eine geistig-ideelle Existenz abspricht und seine Regeln bloß als sozialfaktische, gelebte Verhaltensmuster ansieht“[731]. Sieht man genauer hin, so schließt sich danach nicht zuletzt der interaktionistische Verlauf der Gesellschaft aus, und was bleibt, sind die einseitig-„kommunikativen“ Zustände, indem dem deliktischen Verhalten die Strafbarkeit nur noch nachträglich attribuiert wird[732]. Doch inkonzeptibel bleibt dabei nicht nur die Gesellschaft als Konstruktion, denn anders als rechtlich wird sie eben nicht *konstruiert*, sondern gleichermaßen e. c. (noch einmal) die Bedeutung des gesellschaftlichen Weltdeutungsschemas.

[728] Ibid., S. 12.

[729] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 28 f.

[730] S. *Schünemann*, Grund und Grenzen, S. 15 ff.

[731] Ibid., S. 16.

[732] Vgl. ibid., S. 17, wenn auch noch nicht i. S. der hiesigen Korrelation zwischen der Sozialität und der Rechtlichkeit.

5. 3. 2. STRAFBARKEIT

Handlungslehre, die bis zum Kern des strafrechtlich relevanten Verhaltens vordringt, muß nämlich nicht nur die Intensitätsverteilung der konstitutiven Verbrechensmerkmale in bezug auf die gemeinsame Qualität Strafbarkeit erklären, sondern vor allem *diese Qualität* selbst, resp. die Strafbarkeit *selbst* als konstitutives Merkmal des Verbrechensbegriffs, was noch einmal heißt, daß durch die Erstreckung des handlungsbegrifflich interessierenden Kontexts bis zur Schuldsphäre noch keine erschöpfende Thematisierung des spezifisch Strafrechtlichen vorliegt: Wenn es die Schuld *per se* wäre (zunächst einmal als *nur* „mangelnde Rechtstreue" [nach *objektivem* Urteil][733]), die das Wesen des Handlungs- und damit des Verbrechensbegriffs „vollständig" ausmacht, wäre doch die strafrechtliche Beziehung *mit der Verübung des Verbrechens(!)* in jedem konkreten Zusammenhang bereits zu Ende gebracht. Was aber sie weiter aufrechterhält, ist gerade die Strafbarkeit als kein schon *auch* durch bloße Manifestierung auf der Schuldebene gelegentlich aufbrauchbarer Koeffizient, sondern *bereits* die Schuld selbst umfassendes *„universales"* Verbrechensmerkmal.

Jedes Verständnis, daß Strafbarkeit Schuld nicht umfasse, wäre ein Rudiment naturalistischer Betrachtungsweise. Im Schuldstrafrecht läßt es sich aber in einer theoretisch aktuellen Hinsicht, also wo es gerade bei keinen Verwechslungen der Didaktik der Deliktsermittlung mit dem Begriff des Verbrechens bleibt, ohnehin niemals davon ausgehen, daß sich der schuldlos „Handelnde" strafbar verhält. Strafbar ist ein Verhalten nur, wenn die Ebene der Interaktion erreicht wird, die ihrerseits auch die theoretisch „komplette" Gestalt der Schuld selbst ergibt (und mehr noch: Sie besagt es genuin sozial, warum auch die „unsträfliche Schuld" im *Binding*schen Sinne[734] überhaupt als Schuld im Strafrecht miterfaßbar sein muß). Genauer formuliert, nicht die Schuld bestimmt, was die Handlung *in ihrer Extensität* im Strafrecht ist, sondern erst *die Strafbarkeit in ihrer theoretischen Eigenart und Komplexität*[735].

Aus der Perspektive eines im Rahmen der institutionell kompetenten Interaktion zu erschließenden strafrechtlichen Handlungsbegriffs lautet dies vor allem, daß es genuin sozial nicht bei „(der Objektivierung) *der Nichtanerkennung der Normgeltung*"[736] bleiben kann. Schlicht „gelten" (= *anerkannt* werden[737]) muß im gleichen Kontext schon auch die ganze Reihe von vorrechtlichen Normen, und die sozialen (inkl. rechtlichen) Verhaltensregeln werden wiederum selten *nur* von einem und demselben gesellschaftlichen

[733] *Jakobs*, Handlungssteuerung, a. a. O., S. 957 und passim; vgl. *ders.*, Strafrecht AT, 17/20.
[734] *Binding*, Normen, Bd. II, S. 276.
[735] Der gegebene systematische Wirkungsbereich des strafrechtlichen Handlungsbegriffs wird in der normativen Handlungslehre von *Jakobs* zwar angedeutet („Schuldverantwortung als Handlungskomponente" [*Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 13]), bleibt aber dort unauswertbar.
[736] U. E. kaum akzeptabel jedoch vor allem die Kritik bei *Dedes*, Die Sinndeutung der Handlung, in: FS Roxin, S. 187 ff.
[737] *Jakobs*, Strafrecht AT, 1/9.

Normensystem umfaßt. Wieso dann aber um einen *„spezifisch strafrechtlichen Effekt“*[738] durch das „Nichtanerkennen der Normgeltung“ dennoch gehen sollte, wenn es strafrechtlich nicht bloß bei einer Unterscheidung des sozialen Gesichtspunkts von Naturalismen bleibt, sondern den Ausschlag die Spezifizierungen innerhalb des gesellschaftlich Relevanten geben müssen, wäre unersichtlich. Die Differenz liegt hier erst jenseits des gegebenen Merkmals selbst, scil. beim Moment der „Objektivierung“. Doch das mag insoweit auf sich beruhen. Wenden wir den Blick den intrarechtlichen Spezifika zu: Es läßt sich nicht an der Tatsache rütteln, daß die „Handlung“ als „Nichtanerkennen der Normgeltung“ nicht etwa im Zivil- oder Polizeirecht, sondern eben nur im Strafrecht in Frage kommen könnte. Setzt man jedoch innerhalb dieser Gegenüberstellung nur noch beim Leitsatz an, daß „Strafrecht keine Gütersicherheit, sondern Normgeltung garantiert“[739], so wird man neben dem hier hauptsächlich hervorgehobenen Aspekt resp. einer unvollständigen Entfaltung des gesellschaftlichen Deutungsschemas auf der Ebene des Strafrechtlichen, mit dessen Nichtbewertung im Zivilrecht und Polizeirecht konfrontiert.

Von einer „zivilrechtlich und polizeirechtlich geregelten Schadlosigkeit der Güterwelt“[740] kann nämlich nur dann die Rede sein, wenn zunächst einmal überhaupt die zivilrechtliche bzw. polizeirechtliche Beziehung eingegangen wird. Ohne interaktionistische Erwartung (und Erwartungserwartung), daß die Gütersicherheit garantiert wird, kann aber hier die Rechtsbeziehung weder eingegangen noch fortgesetzt werden. Die Institutionalisierung dieser Erwartung als Norm geht wiederum gerade nicht an der Rechtsbeziehung als institutionell kompetenter Interaktion vorbei. Ungeachtet dessen, was (das In-Frage-Stellen-der-Normgeltung oder der an Güterwelt verursachte Schaden) im Einzelfall für maßgeblich gehalten wird, ob es also um einen „strafrechtlich“ relevanten Gesichtspunkt geht oder nicht, hat der besagte allgemeine Bezugsrahmen bei der Erfassung des rechtlich Relevanten keine Alternative. Jenseits dieses Verständnisses ist weder ein zivilrechtlicher noch ein polizeirechtlicher Handlungsbegriff möglich, resp. abstrahiert man von interaktionistisch relevanten Garantien in letzteren Fällen, so ist die Aufhebung der Normgeltung irreversibel, was von Negation der zivilrechtlichen wie der polizeirechtlichen Beziehung zeugt, soll es dabei nicht bei einer puren, von der sozialen Wirklichkeit losgelösten Abstraktion bleiben. Sowohl das Zivilrecht als auch das Polizeirecht muß, mit anderen Worten, gleichermaßen dafür sorgen, daß die entsprechende Norm gilt. Dieser Zweck der Aufrechterhaltung der Normgeltung lagert also zwangsläufig unter *jeder* rechtlichen Verantwortung. Die Gewährleistung einer allgemeinen Kontinuität der institutionellen Kompetenz bildet hiernach keine exklusive Aufgabe des Strafrechts, vielmehr bleibt es allemal bei strukturellen Unterschieden. Doch schon im Strafrecht selbst, je nach dem, um welchen Stand der Gesellschaft es geht, fällt die Struktur der institutionellen Kontinuität, unterschiedlich aus. Auf dasselbe Moment geht es wiederum zurück, daß das Schuldstrafrecht nach modernem Verständnis – nicht jedoch auch das

[738] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 36.
[739] Ibid., S. 37.
[740] Ibid., S. 42.

Schuldstrafrecht per se! – auf mehr als bloße Einbettung seines Handlungsbegriffs ins allgemeinrechtlich aktuelle Bild des Interaktionssystems angewiesen wird, scil. auf eine systemspezifisch erschöpfende Bestimmung dessen Wesens nach interaktionistischen Maßstäben. Im letzteren Zusammenhang kommt es nicht zuletzt auf die Strafe als interaktionistische Reaktion in ihrer gleichermaßen grundlegenden Eigenschaft als spezifisch strafrechtliches Merkmal der allgemeinen Kontinuität der institutionellen Kompetenz an.

Wo der strafrechtliche Handlungsbegriff auf das „Nichtanerkennen der Normgeltung" als „spezifisch strafrechtlicher" Erfolg – resp. ohne Rücksicht auf Strafbarkeit – beschränkt wird, läßt sich allemal nur die präventive[741] Erhaltung der Normgeltung, also kontrafaktisch hinsichtlich des Normgeltungsschadens, problematisieren, nicht aber der *„Ausgleich des Normgeltungsschadens"*[742], obgleich nach *Jakobs* das gegebene Moment in *seinen* präventiven Strafbegriff einzubetten versucht wird[743]. Als Ausnahme lassen sich wohl nur totalitäre Unrechtsordnungen begreifen: Für eine „Ausgleichbarkeit" des „Normgeltungsschadens" spielt es hier keine Rolle, welche Erwartungen und Erwartungserwartungen – zumindest – im „Enttäuschungsfall" institutionalisierbar sind, weil dem nicht mehr unversehrten „Sinn", der der Gesellschaft aufgezwungen wird, vor allem rein repressiv aufzuhelfen ist, nur hört bei solcher Abrechnung mit dem „Delinquenten" als „psychophysisches System" die Maßgeblichkeit des Interaktionistischen nach jeglichem Verständnis gerade auf, und nennenswerte Differenzen zu einer noch nicht „entzauberten" Gesellschaft könnte man insoweit kaum noch herausfiltern.

Mit anderen Worten: Nach der *Jakobs*schen Konstellation stellt sich für das Strafrecht einer bürgerlichen Gesellschaft die präventive Durchhaltung der Normgeltung eben als schlichte ultima ratio heraus. Es kommt dementgegen genuin sozial auf die Permanenz des *Interagierens* und die Auswertung von den interaktionistischen Spezifika an, die wiederum die Grenzen der „symbolischen Interaktion"[744] im *Jakobs*schen Sinne wesentlich überschreiten müssen: Nicht daß der Täter die Norm(-geltung) nach einem objektiven Maßstab desavouiert[745], erweist sich als entscheidendes Gravamen vom spezifisch strafrechtlichen Standpunkt aus, sondern daß er die Strafwürdigkeit des Normwiderspruchs und mithin nicht zuletzt die metainstrumentellen Kosten (=die Strafbedürftigkeit), die durch den Normwiderspruch für die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft nach objektivem Maßstab entstehen, mißachtet (strenggenommen liegt ja auch keine Sanktion außerhalb der Norm). Daß er dann diese Kosten, also im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortung, selbst zu tragen hat, stellt eine Art des „Ausgleichs des Normgeltungsschadens" dar, die in keinem geringeren Maße als präventive Erhaltung der Normgeltung unterhalb des interessierenden Niveaus vorkommen kann, denn wie die Gesellschaft nach objektivem Maßstab stattfinden soll, hängt von der die Sozialität gezielt miß-

[741] Ob nun die Prävention per se auch a priori als strafrechtlich Maßgebliches begreifbar oder nicht (treffend insofern *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 168 f und passim).

[742] *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91 f, 94.

[743] 1/V/8.

[744] *Jakobs*, Norm, 2. Aufl., 1999, S. 98 ff; *ders.*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 88.

[745] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 34

brauchender totalitärer – wo schon die Desavouierung der Norm als eine viel zu eng gefaßte Definition des Normwiderspruchs hingestellt werden darf – „Sinnentwürfe“ ab. Dies wiederum ist die Ebene, die den eigentlichen spezifisch *straf*rechtlichen Unterschied zwischen einer „nur-formellen“ Schuld innerhalb einer Ordnung, „die ihrerseits nichts wert ist“, und einer materiellen Schuld[746] vermittelt.

Ohne Abstellung auf denselben interaktionistisch maßgeblichen Kontext gerät aber ebenso eklatant in einer bürgerlichen Gesellschaft die Erklärung dafür, warum es sich nicht bei jeder schuldhaften Kulturnormwidrigkeit um ein Verbrechen handelt, jenseits des Begriffs des Verbrechens selbst. Die in dieser Hinsicht durch Strafbarkeit zu entfaltende Funktion besteht vor allem in einer *Konkretisierung* der sozialen Inakzeptabilität des normrelevanten Verhaltens, und die Eliminierung des gegebenen Moments aus dem gesellschaftlichen „Sinndeutungsschema“ kann sich also keine Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens leisten. Der hauptsächliche Befund kommt jedoch am deutlichsten zum Vorschein nicht in der letztgenannten Sequenz von in jeder Gesellschaft mehr oder weniger aufkommender Unterschieden, sondern im Bereich der Identität, die genuin sozial eine scheinbare Identität ist. Der Mord oder die Freiheitsberaubung etc. kommt ja etwa nicht nur im Strafrecht als „Handlung“ vor, sondern läßt sich immer schon in vorrechtlich geregelten sozialen Beziehungen vorfinden. Aus der Sicht naturalistischer oder quasisozialer Handlungskonzepte sind das immer schon „identische Handlungen“, die freilich unterschiedliche, also systemspezifisch profilierte Reaktionen – warum denn aber, wenn die Strafbarkeit nichts zur Konkretisierung der sozialen Inakzeptabilität beiträgt? – nach sich ziehen. Und anhand der einseitigen „Kommunikation“ läßt sich dabei nichts bewältigen: Die „Stellungnahme zur Norm(-geltung)“[747] – und zwar zur gleichen Norm, sei sie nun zur selben Zeit u. a. „ethisch-sittliche“ Norm der Moral wie „strafrechtliche“ genannt – muß in einem wie in anderem Bereich vorliegen. Darüber, daß es hier um eine und dieselbe „Handlung“ geht, läßt sich also beim besten Willen nicht streiten. Nicht zuletzt bleibt dadurch die Strafbarkeit immer noch rein äußerliches Verbrechensmerkmal, denn dem Begriff selbst als „Nichtanerkennen der Normgeltung“ kann sie eben nur nachträglich attribuiert werden. Durch alle solchen Konstatierungen a posteriori, seien sie ihrerseits auch auf die „Strafrechtswidirgkeit“ oder auf die „strafrechtliche Schuld“ bezogen[748], kommt nur die Didaktik ins Spiel, scil. eine rein ordnungstechnische Verlängerung des wesensmäßig erschöpften Handlungsbegriffs. Sie führen, mit anderen Worten, zu keinem gesellschaftlich fundierten spezifisch strafrechtlichen Handlungsbegriff.

5. 3. 3. SOZIOLOGISMEN

Eine der hauptsächlichen Besonderheiten der Interaktion besteht hingegen darin, daß sie zur folgenden Erkenntnis führt: *Es gibt auf der Ebene des gesellschaftlich Relevanten*

[746] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 26 f und passim.
[747] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 34; vgl. *ders.*, Strafrecht AT, 6/3.
[748] *Lesch*, Verbrechenbegriff, S. 210.

keine identischen Aktionen mit nicht-identischen Reaktionen, denn kein Interaktionspartner kann hier agieren, ohne daß er zuvor die Reaktion (im gegebenen Falle nämlich die Strafbarkeit!) kalkuliert und somit in seiner Aktion sichtbar werden läßt, sondern jede strafrechtliche Aktion läßt sich ihrem ganzen Inhalt nach nur als Derivat einer Interaktion deuten. Ginge es mithin nicht um Didaktik, wo *Jakobs* die Einbeziehung der Schuld in den Handlungsbegriff darauf zurückführt, daß das Strafrecht auf Unrecht nicht reagiert, sondern zumindest um interaktive Kommunikation und deren Beziehungsaspekt, scil. im Gegensatz zu den informativ orientierten Kommunikationsmodellen[749], so ließe sich der Inhalt des „Sinnausdrucks" nicht bloß auf das „Nichtanerkennen der Normgeltung" reduzieren. Nicht die „Kommunikation" gäbe den Ausschlag (hier: die Ebene der normativen Enttäuschung), sondern die „Kommunikation über Kommunikation" (in demselben Kontext: Thematisierung der Strafbarkeit), resp. nicht der Inhaltsaspekt, sondern der Beziehungsaspekt der Kommunikation, weil „(...) jede Kommunikation einen Inhalts- und einen Beziehungsaspekt hat, derart, daß letzterer den ersteren bestimmt und daher eine Metakommunikation ist"[750]. Nichts ändert sich dabei zugunsten der normativen Betrachtungsweise, resp. gegen einen noch ganz nebenbei mitgedachten funktionalen Ansatz, angesichts des Appellaspekts der Kommunikation[751], also dadurch, was der „Kommunikationsteilnehmer" durch seinen „Sinnausdruck" erreichen möchte.

Worauf zielt denn der Delinquierende mit der Nichbeachtung der aus einer Enttäuschung der normativen Erwartung resultierenden metainstrumentellen Kosten ab: etwa auf die Auslösung der Strafe? Individualpsychisch gesehen, gewiß nicht. Mehr noch: Nach einer psychologisierenden Sichtweise könnte man schon mit der Nichtbeachtung dieser Kosten an sich im Falle der Fahrlässigkeit nichts anfangen. Die individualpsychischen Maßstäbe interessieren jedoch funktional ebenso wenig, wie dies in einem nur-normativen Leitprogramm der Fall sein muß; vielmehr verläuft die institutionell kompetente Interaktion immer nur nach einem streng objektiven Maßstab. Der Handelnde als Interaktionspartner strebt dabei im o. e. Sinne, wenn dies auch schier prozessualrechtlich am Faktum des „Delinquierens" nicht abzulesen sein soll, genau das Gegenteil von dem ab, was er als pflichtfreies Individuum in aller Regel anstreben würde. Anders ginge es gerade um kein aufeinander bezogenes Handeln resp. um keine Interaktion. Wo also die einseitige „Kommunikation" – allenfalls! – vor den formellrechtlichen Fragmenten innerhalb der *die Didaktik im Strafrecht als Leitlinie fundamentierenden* „stufenweisen" Betrachtung der Strafrechtsverwirklichung kapituliert, setzt die Interaktion allgemeine Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung voraus. Man delinquiert und straft demnach nicht bloß i. S. einer normativen Enttäuschung, sondern in demjenigen einer interaktionistisch aktuellen Erwartung, die vom Interaktionspartner im Falle der normativen Enttäuschung erwartet wird.

[749] S.: *Merten*, Kommunikation. Eine Begriffs- und Prozeßanalyse, 1977, S. 93 f; *Meggle*, Grundbegriffe der Kommunikation, S. 264 ff.

[750] *Watzlawick et al.*, Menschliche Kommunikation, S. 56.

[751] S. ibid.

In einer bürgerlichen Gesellschaft gibt es, mit anderen Worten, keinen direkten logischen Nexus zwischen der (schuldhaften) Desavouierung der Normgeltung und der Strafe, da so wie die strafrechtliche Beziehung durch kein deliktisches Verhalten überhaupt erschöpft werden kann, so läßt sie sich hier ebensowenig durch ein deliktisches Verhalten in die Wege leiten, sondern nur noch genuin sozial entwickeln resp. auf spezifische Art und Weise fortsetzen. Warum es aber um Entwicklung oder ganz im allgemeinen: um Fortsetzung und nicht um bloße Initiierung geht, darauf gewährt eine die Strafbarkeit *unilateral-nachträglich* thematisierende resp. dem Begriff des Verbrechens nur äußerlich attribuierende Betrachtungsweise gerade keinen Blick. Die einseitig-„kommunikativen" Stellungnahmen sind, mit anderen Worten, *Soziologismen*, und der leitende Gesichtspunkt kann hier im Ergebnis so wenig in Soziologismen jeglicher Ausprägung kristallisieren, wie dies am Beispiel der Naturalismen der Fall war. Eine komplette Erschließung des spezifisch Strafrechtlichen aus einem interaktionistischen Programm ist die Aufgabe des interpersonalen bzw. funktionalen Handlungsbegriffs. I. S. der noch prinzipielleren Differenz insofern, scil. im Rahmen der Unterscheidung zwischen Kommunikation als durch Rechte und Pflichten wesensmäßig nicht belastbarer Interaktion und Rechtsbeziehung als institutionell kompetenter Interaktion, ist folgendes zu betonen: *„Sinnausdrücke", „Stellungnahmen", „Gedankenaustausch" oder „Meinungsäußerungen" sind in der Welt der freien Meinungsäußerung nicht strafbar*.

5. 3. 4. DER FUNKTIONALE SCHULDBEGRIFF

Eine allgemeine Lösungsformel kann u. a. nicht bloß aus der „Kombinierung" des normativen Handlungsbegriffs mit einem funktional aufgebauten Schuldmodell resultieren. So wie die hier aktuelle normative Handlungslehre etwa kein ontologisierend konzipiertes Schuldkonzept[752] tragen kann, so kann sie aber ebensowenig eine funktional erfaßte Schuld in sich bergen. Der Schuldbegriff hat nach *Jakobs* „als Mindestinhalt, daß einem Subjekt zugerechnet wird; damit steht fest, daß es nicht nur um Ermittlung von Kausalität geht. Was aber kausal und was normativ angegangen wird, sagt der Schuldbegriff nicht; er ist ein formaler Begriff und bestimmt nicht einmal, wie das Subjekt, dem zugerechnet wird, sich konstituiert, was also als nun einmal so beschaffen hinzunehmen ist und was sich vom Subjekt als möglicherweise dessen (Fehl-)Leistung abhebt. *Nur der Zweck gibt dem Schuldbegriff Inhalt*"[753], der wiederum in der *positiven Generalprävention* kristallisiert, und zwar „*im Sinne der Garantie derjenigen Erwartungen, deren Enttäuschungsfestigkeit die Ordnung zu ihrem Erhalt braucht*" bzw. der „Erhaltung allgemeiner Normanerkennung" i. S. der „Bestätigung des Vertrauens in die Richtigkeit der Norm"[754]. Der Schuldbegriff ist demnach „*funktional* zu bilden, d. h. *als Begriff, der eine Regelungsleistung nach einer bestimmten Regelungsmaxime (nach den Erforder-*

[752] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 33.

[753] *Jakobs*, Schuld und Prävention, S. 14.

[754] Ibid., S. 24, 32; *ders.*: Strafrecht AT, 1/4 ff, 17/22; Schuldprinzip, S. 25.

nissen des Strafzwecks) für eine Gesellschaft bestimmter Verfassung erbringt“[755]. Auf *diesen* Zweck, der sich zum konstitutiven Merkmal des Begriffs entwickelt, hat die Schuld keinen limitativen Einfluß (sie limitiert hier als „Derivat der Generalprävention“ die zur „Spezialprävention erforderliche Strafe“ als außerhalb des Begriffs liegenden Zweck) und *„die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe“*, scil. nicht speziell „des Schuldausgleichs wegen“, sondern im o. e. Sinne „der Erhaltung der Ordnung“ resp. „der Einübung in Rechtstreue“[756].

Demgemäß ist ein „volldeliktisches Verhalten, also auch schuldhaftes Verhalten nur gegeben, wenn zur Verarbeitung der Störung die Zuständigkeit des Täters zur Vermeidung behauptet und die Richtigkeit des Normvertrauens bestätigt wird“[757]. Was generell gesehen heißt: „Schuld ist vorhanden, wenn zur Konfliktverarbeitung Strafe erforderlich; und sie ist in dem Maße vorhanden, in dem derartige (generalpräventive) Bedürfnisse der Normstabilisierung bestehen“[758]. Es ist somit offensichtlich, daß der funktionale Schuldbegriff zur wesentlichen Erweiterung des hier aktuellen handlungsbegrifflich relevanten Kontexts führt. Schuldhaftigkeit und Strafbarkeit sind aber nicht ein und dasselbe Verbrechensmerkmal, und was theoretisch zählt, ist eben nur ein bis zu Strafe tatsächlich durchgezogener Handlungsbegriff. Worauf es dabei nicht zuletzt ankommt, ist weder das Strafrecht an sich *und* der negative Verlauf der strafrechtlichen Beziehung selbst noch die Negativierung der Handlungskomponenten durch präventive Maßstäbe. Abgesehen von der Formalisierung durch Prävention mag ansonsten diese Auffassung von *Jakobs* genaugenommen über den *Roxin-Jakobs*schen formalen Funktionalismus selbst hinauswachsen. Darum geht es aber nicht, sondern um das folgende dysfunktionale Gesamtbild: Ein nur bis zum Sinnanschluß an die Norm erstreckter normativer Handlungsbegriff vermag die Erforderlichkeit der Strafe voraussetzende funktionale Schuld niemals als seine Eigenschaft zu beanspruchen.

6. FORMELL VERNÜNFTIGE PERSON

Mit der Konkretisierung des *Jakobs*schen metainstrumentellen Begriffs der Person auf die oben dargestellte Weise ist aber noch bei weitem nicht alles darüber ausgesagt worden, ob der „Kommunikationsteilnehmer“ nämlich auch als Delinquent „Person bleibt“ (oder „ihm als Reaktion auf seine Tat seine Personalität abzuerkennen ist“)[759]. Hierbei handelt es sich hauptsächlich darum, ob die Funktionalisierung von handlungsbegrifflich relevanten Maßstäben bloß ein formales Korrelat zum normativen Ansatz darstellt, – wie es auf den ersten Blick scheinen mag, – resp. ob sich das Problem bereits anhand

[755] *Jakobs*, Strafrecht AT, 17/22.
[756] Ibid., 17/18 (Fn. 45); *ders.*, Schuld und Prävention, S. 32 f.
[757] Ibid., S. 31 f.
[758] *Frisch*, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: FS Müller-Dietz, S. 246.
[759] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 100, 102.

der Normativität selbst erschöpfend erledigt, oder ob es doch um eine theoretische Unabkömmlichkeit geht.

Als „wirkliche Person" wird nach der Handlungslehre von *Jakobs* der „Kommunikationsteilnehmer" verstanden, dessen „Verhalten normgemäß ausfällt"[760]. Eine Normwidrigkeit ist dabei „nicht schlicht ein Fehler einer Person; denn eine Person wird durch ihre Motivation zu richtigem Verhalten definiert. Sie kann aber auch nicht als gesellschaftliche Umwelt, als Natur definiert werden - Natur delinquiert nicht. Es handelt sich vielmehr um ein der Bestimmung nach - und in diesem Sinn: - formell personales Verhalten (...), inhaltlich jedoch um Verhalten in der Umwelt der wirklichen Gesellschaft"[761], i. e. „eine Normwidrigkeit schafft im wörtlichen Sinn zweideutige Situation: Formell geht es um Gesellschaft, aber deren Grenzen werden neu gezogen"[762]. Zugerechnet wird hiernach „einer *formellen* Person"[763], „diese im Sinn eines zur Person geeigneten, aber nun einmal nicht realisierten Wesens"[764]. Die Auffassung *Fichtes*, nach der durch Normbruch die Person überhaupt entfällt resp. sich „die Zweideutigkeit jedes Normbruchs nicht durch eine Stabilisierung der vorhandenen Gesellschaft, sondern durch ihre Verkleinerung beseitigt", wird dabei bei *Jakobs*, wie schon angedeutet, abgelehnt[765]. Die Gesellschaft interpretiert also die Handlung „nicht als Natur" („Normbrecher außerhalb der Gesellschaft"[766]), sondern „als Widerspruch" („Normbrecher als formelle resp. *„formell vernünftige"*[767] Person)[768]: „Die Tat des Normbrechers zeigt das Gegenteil der wirklichen Gesellschaft und ist mit dieser nur dadurch verbunden, daß diese den Akteur als Person für sich reklamiert - eben deshalb bleibt seine Personalität erhalten, seine Handlung zeigt Sinn, beides freilich nur formell"[769].

Nun ist aber vor allem zu betonen, daß die Handlung weder zur Aberkennung noch zur Formalisierung der Personalität des Täters generell führen kann. Wäre dem so, wäre jedes Subjekt nach jeder (strafrechtlichen) Handlung, allgemein betrachtet, bereits pflichtfrei (denn auch die formelle Personalität im *Jakobs*schen Sinne ist nichts anderes als eben durch Pflichtverletzung konstituiertes Phänomen). Beispielhaft gesprochen: Sollte also keine Wirklichkeit der Person nach der „Pflichtverletzung" möglich sein, so hätte der Täter, der im Straßenverkehr fahrlässig einen anderen in Leib- oder Lebensgefahr bringt, keine Pflicht in interaktionistisch relevanter Hinsicht nach § 323 c StGB (Unter-

[760] Ibid., S. 99.
[761] Ibid.; vgl. *ders.*, Individuum und Person, S. 259.
[762] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 100.
[763] Auf das Fehlen der materiellen Personalität führt hierbei die normative Lehre u. a. die Möglichkeit der Notwehr zurück: ibid., S. 102.
[764] Ibid., S. 82 ff.
[765] Ibid., S. 101 f.
[766] Ibid., S. 103.
[767] *Jakobs*, Zur gegenwärtigen Straftheorie, S. 32 ff.
[768] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 103.
[769] Ibid., S. 102.

lassene Hilfeleistung) erfüllen können[770], da wessen Verhalten „normgemäß ausfällt", ist allemal eben eine wirkliche Person. Doch nicht dies bzw. (die Möglichkeit einer) Pflichterfüllung ist hier die Hauptsache, sondern das Gegenteil: Im erwähnten wie jedem anderen Fall könnte eine „nur-formelle" Person aus demselben Grund – also aus dem Grund, daß sie durch Pflichtverletzung konstituiert wird und daher als kein Adressat von Pflicht denkbar sein kann – auch gar nicht delinquieren. Unter einem noch allgemeineren Aspekt läßt sich die Frage nach einer Leugnung oder Formalisierung der Personalität weder strafrechtlich noch auf eine andere Weise überhaupt stellen, scil. vor dem *Welzel-Jakobs*schen[771] – u. a. interaktionistisch zweifelsohne fruchtbaren – Begriff des „Gleichen"[772] gibt es die Gleichheit im Bereich der subjektiven Rechte, und zwar in jeder kategorial denkbaren Hinsicht, die ja per definitionem zur Ebene der wirklichen, wenn auch per se noch nicht „vollen Personalität"[773] gehören müssen. Worum es aber hierbei – freilich nur – interimistisch gehen kann, ist bloß *(passager-)relative Allgemeinheit der Person*, die *in ihrer Wirklichkeit* durch Handlung insoweit *unselbständig* geworden ist. – Mehr noch: Die strafrechtliche Handlung jedes einzelnen Interaktionspartners führt die Wirklichkeit aller anderen Personen auf die *Strafbarkeit des verwirklichten Verhaltens* zurück, denn Personen gibt es in der Gesellschaft nicht schon an sich, sondern erst in dem Sinne, in dem sie als Interaktionssystem funktioniert. Was die daraus resultierende objektive Zurechnung im Hinblick auf deren „Allgemeinheit" als solche anbelangt, verhält es sich auch in der Handlungslehre von *Jakobs* nicht anders, und doch verschleiert eben diese Parallele die kaum überbrückbaren Gegensätze, die u. a. besagen, warum es nicht einmal bei der hier entworfenen Übergangslösung bleiben kann.

Im Rahmen der in der Konzeption *Jakobs'* entwickelten Argumentation reicht dabei als Adressat der Zurechnung „bloß formelle Personalität (wie bloß formelle Vernünftigkeit)" nicht hin, „da die nur formelle Person (der nur formell Vernünftige) an die Zurechnung so wenig richtig anschließen kann, wie sie (er) zuvor an die Norm richtig angeschlossen hat"[774]. Bliebe es also bei einer „bloß formellen Personalität", so käme es als deutlichste Illustrierung gerade auf ein von *Engisch* aufgestelltes Postulat an, wonach „wer zur Zeit der Tat durch Strafdrohung nicht angesprochen werden konnte, wird auch später durch den Strafvollzug nicht beeinflußt werden"[775]. Der Begriff der „formellen" resp. „formell vernünftigen Person" ist, mit anderen Worten, ein rein oder genauer: ausschließlich rechtsphilosophischer Begriff, an den sich strafrechtswissenschaftliche Maßstäbe nicht anlegen lassen[776]. Sie kann nicht nur nicht bestraft werden, wie dies

[770] Näher *Lackner/Kühl,* StGB, § 323 c/8; s. auch *BGHSt* 21, 50/55.
[771] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 30 f.
[772] S. hierzu auch *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 223.
[773] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 27.
[774] *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 82.
[775] *Engisch,* Willensfreiheit, S. 58.
[776] A. A. *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 211.

schon *Jakobs* auch direkt hervorhebt[777], sondern sie kann ebensowenig, wie gezeigt, bloß in einem normativ maßgeblichen Sinne „delinquieren".

Vor allem wird aber hierbei Vorschub keiner genuin sozialen Blickrichtung geleistet. Denn der Kernpunkt dieser Blickrichtung kristallisiert eben darin, daß die Pflichtverletzung eine weitere Pflicht erzeugt, der seitens des Normbrechers nachgekommen werden soll, resp. die Enttäuschung einer normativen Erwartung begründet eine weitere interaktionistisch relevante Erwartung, die wiederum nicht etwa einseitig-utilitär konstruiert und gehegt, sondern vom Enttäuschenden selbst interaktiv erwartet wird. Was demnach in einem deliktischen Verhalten zutagetritt, ist kein „verstocktes Individuum", das darin „die Person auf Dauer nicht wirklich werden läßt"[778], sondern eben die Wirklichkeit der Person in ihrer Transfinität, *die sich als Handlungssubjekt nicht durch die Pflichtverletzung per se konstituiert, sondern durch die (daraus resultierende) Pflicht zu verantworten*. Was, mit anderen Worten, die Person als Adressaten der Strafe konstituiert, macht eben den Wesenskern bei ihrer Erfassung als Handlungssubjekt aus.

Die Kontinuität des aktuellen Status, von der keiner, also auch der Straftäter, exkludiert werden kann, ist die allgemeine Kontinuität der institutionellen Kompetenz, auf die sich im Strafrecht die allgemeine Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung gründet. Andererseits und im insoweit angesprochenen Kontext hauptsächlich ist aus dieser Sicht schon jeder Verurteilte eine wirkliche Person, scil. nicht (nur) weil er delinquieren konnte, sondern weil jederzeit delinquieren kann, was aus der hiesigen Perspektive folgendes betont: Der Normbrecher bleibt institutionell kompetent resp. soll sich wegen wie trotz der Pflichtverletzung zu „richtigem Verhalten" motivieren (bleibt also „für hinreichende Rechtstreue zuständig"[779]), innerhalb weiterer Pflicht(-en) sowohl im Rahmen als auch außerhalb des Rahmens der strafrechtlichen Verantwortung[780]. Eine wirkliche

[777] *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 104 f.

[778] Ibid., S. 82.

[779] *Jakobs,* Individuum und Person, S. 263.

[780] Die These *Jakobs'*, daß „der Inhaftierte außerhalb der Vollzugsanstalt keine Delikte mehr begehen kann" (*Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 88), wird hierbei nur noch auf die Oberfläche des Problems zugeschnitten. Aus der Perspektive eines theoretisch aktuellen Gesamtbilds ist dies hingegen eine gesellschaftsfremde Annahme, indem der (Spezial-)Prävention (S. ibid., S. 88 f) irrtümlicherweise Vorschub gegenüber dem Schuldausgleich geleistet wird, resp. an die scheinbare Dominierung (und wenn nicht, woran denn sonst?) beim inhaftierten Delinquenten des „gefährlichen Individuums" (ibid. S. 89) über dessen Personalität, die sich strafrechtlich auf die im isolierten von der „Gesellschaft" Zustand verübbaren Delikte reduziere, angeknüpft wird. Denn entweicht der Adressat der Freiheitsstrafe aus der Vollzugsanstalt, so gerät er ja dadurch niemals außerhalb der strafrechtlichen Beziehung, was – eben nur! – aus der Sicht einer allgemeinen Kontinuität der institutionellen Kompetenz bzw. einer genuin sozialen Betrachtungsweise nicht anders der Fall sein kann. Mehr noch: Daran ändert sich nicht einmal im Falle einer strafbaren Selbstbefreiung das Geringste, also wo der Straftäter „gewaltsam ausbricht", sondern hier wie dort bleibt er Adressat normativer Erwartungen, was heißt, vermag „außerhalb der Vollzugsanstalt" wie jede andere deliktsfähige Person selbstverständlich zu delinquieren. Das aus den Normbrüchen notwendigerweise resultierende Defizit an sozialem Vertrauen gegenüber dem Delinquenten ergibt also bloß formalen Vorbehalt auf der Ebene der Pflichten, das wiederum nicht ohne weiteres auch nur per Strafe restlos elidierbar ist, sondern dabei die nach der Strafvollstreckung *interaktionistisch erwartbare* rechtstreue Motivation des Täters mitwirken muß. Eben deshalb kommt es etwa beim Rückfall nicht zu einer nackten Sicherungsverwahrung, sondern es kommt dazu nach § 66 StGB *neben* der Strafe, und er fällt *strafschärfend* nicht etwa rein instru-

Person ist demnach *jeder Träger von interaktionistisch erfaßten Pflichten (wie Rechten)* resp. jeder „kommunikativ kompetente Adressat von Rechten und Pflichten“[781]. Ihre Wirklichkeit kommt zum Ausdruck nicht allein in einem normkonformen Verhalten, sondern zugleich – inkonzeptibel i. S. nur-negativer handlungsbegrifflich relevanter Maßstäbe – in einem deliktischen Verhalten, das die Pflicht hervorbringt, die verursachten metainstrumentellen Kosten zu tragen, und eben mit dieser Pflicht des Interaktionspartners korrespondiert der Anspruch des Staates auf Strafe.

In einer strafrechtlichen Handlung, solange sie überhaupt als volldeliktisches Verhalten konzeptualisiert wird, geht es mithin (allenfalls) nicht nur um eine unverantwortliche Haltung zur Norm bzw. der daraus resultierenden Pflicht und in diesem Sinn um einen bloß als unverantwortlich stigmatisierten an sich Verantwortlichen, vielmehr gibt es genuin sozial den Ausschlag, den Delinquenten innerhalb seiner Straftat selbst als permanent und irreversibel Verantwortlichen zu beanspruchen *resp. ihm das Ganze im Lichte einer allgemeinen Kontinuität der institutionellen Kompetenz zuzurechnen*. Denn in einer Gesellschaft, in der e. c. die Todesstrafe bereits längst abgeschafft wurde und die auf keine absolute Isolierung des Delinquenten von der Ebene des gesellschaftlich Relevanten abstellt bzw. ihn als kein schier psychophysisches System behandelt, sondern ihm Rechte wie u. a. strafrechtlich relevante Pflichten zuerkennt, so wie sich keine ähnlichen überwiegend präventiven „Straf“arten zum Leitbild setzt, sich also genuin sozial konstituiert – in einer solchen Gesellschaft kann auch das Strafrecht nur von einem interaktionistisch festgelegten Handlungsbegriff ausgehen, dessen Wesen sich durch *eine (maximal konkretisierbare) Kontinuität der Verantwortlichkeit* bestimmt. Der dabei im deliktischen Verhalten enthaltene „Sinn“ ist kein bloß „formeller Sinn“[782], sondern derjenige, der zur Entwicklung einer institutionell kompetenten Interaktion führt: (Genuin sozial bzw. genuin rechtlich gestaltete) Gesellschaft ist ein kontinuierlicher Vorgang, und den Blick darauf verschärft nicht ein normativer Handlungsbegriff.

7. EXKURS: „FEINDSTRAFRECHT“ – RECHT ODER UNRECHT?

7. 1. „FEINDE“ EXTRA MUROS

Die von *Jakobs* entfaltete Konzeption des „Feindstrafrechts“[783] stellt vor allem alles andere als Umwandlung des einseitig-„kommunikativ“ konzipierten gesellschaftstheore-

mentell aus, sondern gerade metainstrumentell: *wegen des Mißbrauchs des trotz besagten Defizits gewährten Vertrauens*. Anders wäre eine sich genuin sozial begreifende resp. auf institutionelle Kontinuität abstellende Gesellschaft auch gar nicht konstruierbar.

[781] *Jakobs*, Individuum und Person, S. 266.

[782] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 102.

[783] S. *Jakobs:* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 88 ff; Terroristen als Personen im Recht?, in: ZStW 2005 (H. 4), S. 834 ff; Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, in: HRRS 8-9/2006, S. 289 ff; Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, S. 28 f, 43 ff und passim; Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, a. a. O., S. 51 ff; Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), S. 773 f und passim; *Meliá,* Feind„strafrecht“?, in: ZStW 117 (2005), S. 267 ff; s. die spanischen Auflagen des „Feindstrafrechts“: *Jakobs/Meliá,* Derecho penal del enemigo, 1. Aufl., 2003; 2. Aufl., 2006.

tischen Ansatzes *seiner* Zurechnungslehre in ein interaktionistisches Leitprogramm dar, sondern was hier unmittelbar fortzuführen versucht wird, ist präventiver Gesichtspunkt im Gegensatz zur schuldausgleichenden Betrachtungsweise, dies wiederum nicht i. S. der positiven Generalprävention, sondern in demjenigen eines isoliert genommenen spezialpräventiven Blickpunkts[784]. Es geht nämlich um einen ab initio „inkompetenten" Pflichtenträger (u. a.) als Subjekt des Verbrechens, der als „rechtliche Unperson" bzw. „rechtloses Individuum"[785] erfaßbar sei.

Wer sich im *Kantischen* Sinne als „ständig Bedrohender" nicht „in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand" zwingen[786], sich als keine „kompetente Person"[787] begreifen „will oder kann"[788] (genauer: „keine *kognitive Mindestgarantie* (personalen Verhaltens)

[784] Kritisch zum „Feindstrafrecht" u. a. *Bung,* Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: HRRS 2/2006, S. 63 ff („Feindstrafrecht" als „Angststrafrecht, S. 64, 70 f); *Greco,* Über das sogenannte Feindstrafrecht, in: GA 2006 (H. 2), S. 96 ff; *Hassemer,* Sicherheit durch Strafrecht, in: HRRS 4/2006, S. 138; *Saliger,* Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, in: JZ 2006, S. 756 ff; *Schünemann,* Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, in: GA 2001, S. 212; *Hörnle,* Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht", in: GA 2/2006, S. 80 ff; *Donini,* Das Strafrecht und der „Feind", in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, Bd. 11, 2007; *Crespo,* Das „Feindstrafrecht" darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts" und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien, in: ZIS 9/2006, S. 413 ff („Feindstrafrecht" als „Täterstrafrecht", S. 420 f); *Malek,* Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat" auf dem 30. Strafverteidigertag 2006, in: HRRS 8-9/2006, S. 316 ff; *Sinn,* Moderne Verbrechensverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, in: ZIS 3/2006, S. 107 ff; *Sauer,* Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift 24/2005, S. 1703 ff; *Hamm,* Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Feindstrafrecht, in: Neue Lust auf Strafen. Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Bd. 27, 2005, S. 105 ff; *Th. Uwer* (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1. Aufl., 2006; *González Cussac,* „Feindstrafrecht", Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, Bd. 15, 2007; *L.-G. Kutalia,* „Feindstrafrecht" – Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?, 2007.

[785] *Jakobs:* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 88 f, 93; Terroristen als Personen im Recht?, a. a. O., S. 837 f und passim; Staatliche Strafe, S. 43; *ders.,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 292 und passim.

[786] S. *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 90 ff.

[787] Ibid., S. 88 f.

[788] Kritisch zur „feindstrafrechtlichen" Thematisierung vor allem des letzteren Aspekts *Bung,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 68; s. hierzu *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 297, wonach „die Pathologisierung der hartnäckig Abweichenden", auf die Ausführungen *Bungs,* freilich nicht unbedingt (s. *ders.,* Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs, in: HRRS 8-9/2006, S. 321, Fn. 29), hinauslaufen, zurecht bestritten wird; mit Beleg *Gunn,* Psychiatric Aspects of Imprisonment, 1978, S. 256. Nur fällt in einer freiheitlichen Gesellschaft die Stilisierung als „Feind" kaum akzeptabler als die „Pathologisierung" aus; vielmehr war sie eben die Parallelerscheinung dort, wo „pathologisiert" (s. *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 297) wurde, scil. nach dem „Muster" eines Unrechtsstaates, nach welchem man die Dissidenten nicht nur als „Kranke" (s. ibid.), sondern *vor allem* gerade als „*Feinde* (des Volkes)" stigmatisierte. Wenn wiederum nach *Jakobs* „unter einem prinzipiellen Gegner heute nicht (nur) ein Gegner der etablierten Herrschaft verstanden werden darf, vielmehr ist er als ein Gegner der freiheitlich verfaßten Gesellschaft zu begreifen" (ibid., S. 293), so ändert dies – zumindest – im Kontext jeglicher Thematisierung der Dissidierungen nichts daran, daß es „feindstrafrechtlich" um keine rechtsstaatlich konkretisierbaren „Gefahren" geht. Doch um welches „Nicht-Können" handelt es sich e. c. beim Terrorist, der mor-

leistet“, indem sich „entschieden vom Recht abgewandt hat“ bzw. „die Legitimität der Rechtsordnung prinzipiell leugnet“, etc.[789]), gegen ihn kann nach *Jakobs* als gegen das „gefährliche Individuum“ nur „physisch effektiv“ per Maßregel vorgegangen werden, was heißt, dem läßt sich nicht als einer „an sich kompetenten Person“ per Strafe „widersprechen“[790]. Der „prinzipielle Abweichler“ bzw. der „prinzipielle Gegner“ anders als der „kompetente Bürger“ soll hierbei seine Taten in keinem Maße externalisieren „dürfen“, sondern „weit im Vorfeld abzufangen“ sein[791]. Mit anderen Worten, für das Strafrecht, das die Taten im großen und ganzen abwartet, bleibt hier kein Raum, der Staat soll, ad litteram, in keiner Hinsicht „reagieren“, sondern schon vor jeder Aktion eines „prinzipiellen Gegners“ selbst unmittelbar „agieren“: „Wer keine hinreichende kognitive Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat *darf* ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde“[792]. Erst wo er seiner daraus resultierenden prinzipiellen Aufgabe: der „Beseitigung einer Gefahr“ nicht nachkommt, also wo die Externalisierung der Tat aus welchem Grund auch immer versäumt wird, heißt etwa die Verlegenheitslösung staatliche „Reaktion“ im o. e. Sinn, nur gilt sie hier allein dadurch ebensowenig „schuldiger Person“, sondern „gefährlichem Feind“, der von vornherein „exkludiert“ bleibt[793].

7. 2. KONFLIKTFÄHIGKEIT DER RECHTSSTAATLICH VERFAßTEN GESELLSCHAFT

Zunächst einmal kann jedoch die Frage, ob das Subjekt *„bestraft“* werden kann oder man sich vor ihm zu *„sichern“* hat, eben nicht zur *Jakobs*schen Problemstellung führen, wonach die Beantwortung dieser Frage bestimmen soll, ob es hier etwa um „Personen im Recht“ oder „rechtlose Unpersonen“ gehen muß[794]. Das *Jakobs*sche Argument gegen eine aus der Sicht der Menschenrechte zwingende Behandlung von jedem „stets als eine Person mit Rechten“, daß „es komme doch wohl – unter anderem – auch auf das Verhalten des Gegenüber an“[795], läßt sich kaum als schlüssig ansehen, denn ob jemand über-

det? Nach *Jakobs* delinquiert hier der „Feind“, und der „Feind“ kann zu keiner strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden, sondern die Strafe gilt dem nach der geschehenen Tat aus dem Nichts auftauchenden „Bürger“. Was hier vorliegt, ist ein desperater Dualismus, der die Abstraktheit des Begriffs des „Feindes“ bloßlegt.

[789] *Jakobs:* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 92 f und passim; Feindstrafrecht, a. a. O., S. 291 ff; vgl. *ders.*, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: U. Neumann et al. (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 67 ff.

[790] *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 88 f.

[791] Ibid., S. 90, 92 f; *ders.*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 293.

[792] *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 93.

[793] Ibid., S. 92, 95.

[794] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 293.

[795] Ibid., S. 289.

haupt „entrechtlicht“ bzw. „aus der Gesellschaft exmittiert“[796] werden kann, ob man also die Bürger in „Feinde“ extra muros wandelt, hängt eben in keinem Maße vom gegebenen „Verhalten des Gegenüber“, sondern in vollem Maße von der *Verfassung der Gesellschaft* ab, scil. unter dem Aspekt, ob es um eine auf die Menschenrechte abstellende Gesellschaft geht oder nicht[797]. Demnach ist u. a. der Notwehrbegriff „feindstrafrechtlich“ bei weitem kein „aufschlußreiches Beispiel“, wie darauf aber nach *Jakobs* erklärterweise rekurriert wird[798]; vielmehr worauf hier die „feindstrafrechtlichen“ Ausführungen unmittelbar hinauslaufen, ist folgendes: Gegen die „prinzipiellen Gegner“ ist keine Notwehr möglich, und zwar aus jener Sicht, die die Berufung auf die Unantastbarkeit der Menschenwürde unumgänglich macht[799], resp. es gibt keine Notwehr gegen einen „rechtlosen“ Angreifer. Wäre dem anders, so wäre u. a. das – „feindstrafrechtlich“ unsichtbare – Recht des Angreifers auf Notwehr gegen Notwehrexzeß nach § 33 StGB, geschweige denn gegen sonstige Überschreitungen der Notwehrgrenzen, kaum konzeptibel.

Andererseits reduziert sich die „feindstrafrechtliche“ „Entpersonalisierung“, zum Teil wird auch relativiert: „Erstens muß der Staat den Feind nicht von allen Rechten ausschließen. So bleibt etwa der Sicherungsverwahrte in seiner Rolle als Sacheigentümer unangetastet. Und zweitens muß der Staat nicht alles tun, wozu er frei ist, sondern er kann sich zurücknehmen, insbesondere um die Möglichkeit eines späteren Friedensschlusses nicht zu verbauen“[800]. Doch es kommt auch insoweit auf mehr als das an. Eine genuin rechtlich gestaltete bzw. rechtsstaatlich verfaßte Gesellschaft kann schon *von sich aus*[801] auf keinen naturzuständlichen Gewaltstreich zurückgreifen, vielmehr geht hier keine Gewalt vor Recht, und das o. a. Moment wächst über eine bloße Relativierung, was den Begriff der „rechtlichen Unperson“ anbelangt, gerade keineswegs hinaus[802]. Daß wiederum diejenige, die sich etwa in keinen „bürgerlich-gesetzlichen Zustand“ zwingen lassen, daraus schon deshalb gar nicht exmittiert werden können[803], mag nun – freilich als kaum inzidente Kontradiktion des „Feindstrafrechts“ – auf sich beruhen. Wesentlicher ist es, indem man davon ausgeht: „wer den Krieg gewinnt, bestimmt, was Norm ist, und wer verliert, hat sich dieser Bestimmung zu beugen“[804], daß kaum erhellen kann, worum es sich im Ergebnis handelt: um *einen* „gefährlichen Feind“ oder um eine *„(zu-*

[796] Ibid., S. 292.

[797] S. insofern zu den rechtsstaatlichen Bedenken im Lichte der Menschenwürde *Hassemer,* Sicherheit durch Strafrecht, a. a. O., S. 138, *Bielefeldt,* Das Folterverbot im Rechtsstaat, 2004, S. 9 f.

[798] *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 292, 297.

[799] S. ibid., S. 292 f.

[800] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 90.

[801] Vgl. *Bielefeldt,* Folterverbot, S. 5.

[802] S. auch unmittelbar zum „Feind“, den man nicht „im Griff“ hat, *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 290.

[803] S.: diesbezüglich *Bung,* Feindstrafrecht, S. 69; im allgemeinen auch zur Problematik der Auslieferung der Terroristen im Kontext des Europäischen Haftbefehls *Buermeyer,* Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf, in: HRRS 8/2005, S. 274.

[804] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 92.

sammengehörende) Horde"[805], und der Bürgerstatus von jedem rutscht insofern hinweg, was heißt, alle stellt man in diesem „Krieg" als instrumentell verfahrende Individuen hin, da es kein Gegenteil im Zustand der Normlosigkeit geben kann. Soll es sich nun um die Bestimmung der Norm bzw. der Gestalt der Gesellschaft handeln, so läßt sich kaum behaupten, daß dem „Feindstrafrecht" „jeder rechtspolitische Impetus" fehle[806]. Doch nicht zuletzt: Um welches „feindstrafrechtliche" Friedensdiktat geht es?

Derjenige, der sich der Norm „prinzipiell" nicht beugt, und zwar trotz jeder Konsequenz, resp. dies „nicht will oder nicht kann", würde es infolge keines Krieges „wollen oder können": *Die Gewalt überzeugt nicht*. Jede solche Desperation des „Feindstrafrechts" geht ihrerseits auf eine mangelnde Abgrenzung deliktischen Verhaltens von abstrakten „Abweichungen" zurück. Es wird eben einem Schatten nachgejagt. Der Verbrechensbegriff, in einem mehr als nur psychologistischen Sinn, läßt hingegen für „feindstrafrechtliche" Abstraktifizierungen keinen Raum. Der entgegengesetzte Ausgang des „feindstrafrechtlich" postulierten „Krieges" ist hierbei ebensowenig möglich, denn niemandem läßt sich die Bindung auferlegen, sich den illegitimen „Normen" von „Feinden" des Rechts- staats zu beugen. Vor allem wird hier jeder Unterschied zwischen Recht und Unrecht völlig verwischt, dem Recht seine Geltung genommen; die Rechtsordnung setzt sich nicht zur Wehr, sondern deren Erhaltung und das heißt, die Erhaltung der Rechtsgeltung wird durch den Naturzustand ersetzt. Was Norm resp. was Recht ist, schwebt insofern überhaupt in der Luft und soll erst durch den kontingent ausfallenden Stärkeren offenbart werden. Das „Feindstrafrecht" läßt also konkurrieren, läßt (auch) beim Hauptton etwa i. S. *Hobbes*schen jus naturalis[807] gewähren, als ob es um Durchsetzung gleichberechtigter Weltentwürfe gehe, genauer, der Weltentwürfe, deren Legitimation der nackten Gewalt überlassen sei. Oder wird schon im Ansatz der ganze Kampflärm zwischen legitimer und illegitimer bzw. rechts- und unrechtsstaatlicher Weltgestaltung als bloße Marginalie gedacht? Wo liegt dann der Brennpunkt? Gleich, ob das „Feindstrafrecht" einen ewigen „Krieg" entwirft oder nicht und wenn etwa nicht, „wer gewinnt", gerät inzwischen die Rechtsidee jedenfalls eben unnachholbar in den Hintergrund, denn der Stärkere *an und für sich* ist es nicht, der bestimmt, was *Recht* ist.

Einzig im Naturzustand selbst ist jedoch die Konzeption des „Feindstrafrechts" in ihrem Element; außerhalb des Naturzustands ringt sie um rudimentäre Parallelen. Dort, wo der Kern der *Jakobs*schen Auffassung kristallisiert, wird wiederum – „mangels einer verbindlich definierten Ordnung"[808] – nicht delinquiert. Sowohl aktuelles wie potentielles Delikt sind hiermit für das „Feindstrafrecht" prinzipiell fremde Begriffe. Rekurriert es dennoch auf den Verbrechensbegriff, in welcher Hinsicht und mit welchen Akzentuationen auch immer, so sind das eben keine wesenseigenen Rekurse. Warum es beim Terro-

[805] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 295, freilich in einem engeren Kontext.
[806] Ibid., S. 297.
[807] Näher zu dessen „feindstrafrechtlichem" Aspekt *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91.
[808] Ibid., S. 91.

rist, der grenzenlos horribel mordet, um denjenigen geht, der dafür verantworten, und zwar strafrechtlich verantworten, muß, ist für die „feindstrafrechtliche" Betrachtungsweise eine Rätselfrage. Kommt es nun hier nicht nur auf die Strafe, sondern auch auf die Sicherungsverwahrung an, so wandelt sie keinen in „Feind", sondern gilt dem potentiellen Delinquent, der im Naturzustand ebensowenig vorkommen kann. Trotz Deskriptionsansprüche des „Feindstrafrechts"[809] geht es also um rechtlich verfaßte Gesellschaft, um keinen Naturzustand. Ob die Gesellschaft im Hinblick auf ein deliktisches Verhalten als solches dem Naturzustand verfällt oder sich durch „Exklusion" des Delinquenten reduziert, kommt aufs gleiche hinaus: Man weicht von dem ab, was konfliktfähige Gesellschaft ist[810], und die Konfliktfähigkeit macht *konstitutives* Merkmal der genuin rechtlich gestalteten Gesellschaft aus.

7. 3. DIE WAHREN KONSEQUENZEN

Vom naturzuständlichen Krieg versucht das „Feindstrafrecht" den Blick abrupt auf die staatliche Gefahrenabwehr zu wechseln. Nach der eigenen Identität wird dabei unter den verschiedensten Gesichtspunkten gesucht: Von durchaus berechtigten Zweifeln, ob sich das „Feindstrafrecht" überhaupt als Recht erweist, und dem Vorhaben, es aus einem vor allem nicht existierenden[811] rechtsstaatlichen Vakuum herauszufiltern, was es als Recht gerade negiert, bis zur Konzessionsbereitschaft, es mit einem Teil der rechtsstaatlichen Garantien des materiellen Strafrechts und des Prozeßrechts auszustatten, „um es rechtsstaatlich erträglich zu machen", und schließlich dem Recht in einem rechtsstaatlich aktuellen Sinn im Hinblick darauf, daß das „Feindstrafrecht" nicht zuletzt den Staat bei der Gefahrbekämpfung binden sollte[812]. In dieser letztgenannten Hinsicht läßt sich jedoch andererseits vor allem kaum davon absehen, daß ein Recht niemals „mindestens", son-

[809] *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 289.

[810] S. aber auch zur *Jakobs*schen Beziehung selbst zwischen der „Exklusion" des Delinquenten und dem gesellschaftlichen Konflikt *ders.,* Norm, 1. Aufl., S. 101 f.

[811] Was heißt, einen Zustand, in dem man über keinerlei rechtsstaatliche Garantien verfügt, gibt es in keinem Rechtsstaat. Dies aber betrifft nur eine Seite der „feindstrafrechtlichen" Selbsttäuschung. Eine weitere Seite fällt etwas komplizierter aus, wobei es nach der Entschlüsselung darin zu suchen ist, daß ebensowenig ein Zustand *überhaupt* nachweisbar sein kann bzw. muß, in dem alle – jedem ausnahmslos zukommenden! – rechtsstaatlich denkbaren Rechte auf einmal realisierbar wären, *scil.* ohne daß dabei die Rede von „Feinden" und rechtsstaatlichen Defiziten sein sollte. Wo und wann es jedoch rechtsstaatliche Defizite aufzudecken gelingt, gilt es sie nun einmal aufzuheben; sie lassen sich unter keinem Vorwand der „rechtsstaatlichen Überhitzung" fortschreiben. Indem es nämlich tatsächlich um rechtsstaatliche Lücken und das heißt, um Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit geht, behandelt man wiederum das Subjekt ohnehin nicht etwa als „Feind", und zwar mit legitimem Anspruch, wie dies durch das „Feindstrafrecht" zu unterstellen versucht wird, sondern delinquiert man gegen den Bürger (s. wiederum in einem weiteren Kontext zu einer der schärfsten Kontroversen im modernen deutschen Strafrecht *Schöneburg,* Der verlorene Charme des Rechtsstaates. Oder: was brachten die Mauerschützenprozesse?, in: WeltTrends. Zeitschrift für internationale Politik und vergleichende Studien, 34/Frühjahr 2002, S. 97 ff; vgl. *Maurach/Schröder/Maiwald,* Strafrecht BT, 10. Aufl., 2009, 2/II/18).

[812] *Jakobs:* Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft, a. a. O., S. 51; Feindstrafrecht, a. a. O., S. 290, 294, 296; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 90

dern ausschließlich mehr als nur „für ein regelgeleitetes und deshalb nicht spontan-affektives Verhalten“[813] stehen kann, denn auf die Regeln selbst kommt es gerade an.

Kann hierbei die Ausschließung des rechtlichen Umgangs mit dem Subjekt nicht ohne Ausschließung des rechtsstaatlichen Umgangs mit demselben erfolgen, so ist das nicht weniger evident, und der Behauptung *Jakobs'*, daß das „Feindstrafrecht“ rechtsstaatlich vom Nutzen sei[814], läßt sich unter keinen Umständen folgen. Vielmehr bleibt die Rechtsstaatlichkeit bzw. die Rechtlichkeit ein allumfassendes Gebot, wobei sie auch für jede prekärste Herausforderung *eigene* Institute kennt[815], zu denen u. a. dasjenige der Notwehr zählt. Aus den rechtsstaatlichen Lücken, ja der gähnenden Leere in diesem Sinn, die die Konzeption des „Feindstrafrechts“ entwirft, mag hingegen alles andere extrapolierbar zu sein scheinen, aber eben kein Recht. Erhebt nun das „Feindstrafrecht“ den Anspruch, das Recht zu sein, indem es den Staat, seine Organe und Bürger bei der Bekämpfung der „Feinde“ bindet, so setzt dies normlogisch voraus, daß der „Feind“ über das subjektive Recht verfügt, dies vom Staat, seinen Organen und Bürgern zu verlangen. Das „Feindstrafrecht“, das bindet und wenn es darin als Recht zu sehen sein soll, muß sonach den Rechtsschutz gewährleisten, aber dieser „Rechtsschutz“ kann so wenig dem Bürger gelten, da den Bürger nicht das „Feindstrafrecht“ schützt, wie dem „Feind“ selbst, da er, soll sich sein Begriff nicht direkt erübrigen, „rechtlos“ bleibt.

Die Parallelisierung mit der Notwehr wird mithin anhand der bloß negativen „feindstrafrechtlichen“ Perspektive[816] angestrebt, scil. es geht nur noch darum, daß „der Angriff darf (...) nicht beliebig, sondern nur im Rahmen des Erforderlichen abgewehrt werden“. – Wenn dies aber als kein subjektives Recht des Angreifers institutionalisiert wird, also gerade im Gegensatz zu den „feindstrafrechtlichen“ Maßstäben, so mutiert der ganze „Schutzgedanke“ zu einer Abstraktion, denn jeder Rechtsschutz kann dem Menschen eben nur als der Person bzw. dem Subjekt der Rechtsbeziehung gelten. Sprengt man nun den normlogischen Bezugsrahmen, wie dies „feindstrafrechtlich“ überhaupt der Fall ist[817], so kommt man über eine krasse Pejoration kaum hinweg. Nur verhält es sich hier bei weitem nicht so, als ob das letztere Ungenügen zumindest das erstere völlig ausräume: Der „Entpersonalisierte“ kann bestenfalls nur noch zusehen, ob und inwieweit gegen die Ausschweifung im Einzelfall tatsächlich vorgegangen wird, verfügt hingegen für die Ausschließung kontingenter Ergebnisse über keinen institutionalisierten Anspruch. Doch zu welchem *Zweck* die „Entpersonalisierung“ auch insofern, also hinsichtlich der Bändigung der gegen den „Feind“ gerichteten bzw. nicht einmal der von ihm ausgehenden Gefahren, erfolgen sollte, hierzu hüllt sich das „Feindstrafrecht“ in Schweigen.

[813] Ibid., S. 88.
[814] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294, 297 und passim.
[815] Anders *Víquez*, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?, in: Política Criminal, 3/2007, S. 11 f.
[816] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 292.
[817] Ibid., S. 294; dagegen eingehend *Bung*, Zurechnen-Können, S. 319 f.

Anders als totalitär lassen sich ähnliche Schemata schwerlich bezeichnen. Die Kehrseite wurzelt wiederum im wesentlichen tief im Naturzustand, wo das „gefährliche Individuum“ selbst keinen Einfluß auf die „exzessive Gewalt“ hat, sei sie ihrerseits in Form von Aktion oder nur „Reaktion“ gekleidet, resp. im Hinblick auf seine bloß „intuitive“ (ganz im „feindstrafrechtlichen“ Sinn!) oder faktische Gefährlichkeit. Die erwähnten Zufallsergebnisse sind aber hinsichtlich der „Entpersonalisierung“ auch insoweit nicht das einzige Problem, nicht einmal das Punctum saliens, von dem die Erschließung der wahren Gestalt des „Feindstrafrechts“ in ihrer äußersten Konsequenz abhängt.

Indem man nämlich auf den rechtlichen Umgang mit der Person verzichtet, man also eben „entpersonalisiert“, überträgt sich die ganze Problematik (allenfalls) auf die Ebene der *nackten* instrumentellen Verhältnismäßigkeit, und auf dieser wäre jegliche Suche schon nach dem Folterverbot vergeblich: „Es mag nach Jakobs pragmatische Gründe dafür geben, auf Folter zu verzichten – zum Beispiel, um den ‚Feind‘ nicht unnötig zu reizen. Ein rechtliches *Verbot* der Folter hat im Rahmen des Feindstrafrechts hingegen keinen Ort mehr“[818]. Mehr noch: Die „feindstrafrechtliche“ „Optimierung“ des Rechts auf Sicherheit schließt die Tötung auf Verdacht ebensowenig aus – „Sümpfe“[819], mit dem Unterschied allerdings, daß es sie positivrechtlich weder gibt („deskriptiv gemeintes“[820] „Feindstrafrecht“?) noch in keinem Rechtsstaat geben darf.

7. 4. „ENTPERSONALISIERUNG“ IM FRIEDEN VS. PERSONALISIERUNG IM KRIEG

Bezieht man sich auf die Annahme, daß das „Feindstrafrecht“ im Unterschied zum „Bürgerstrafrecht“ nicht „die Normgeltung erhält“, sondern „Gefahren bekämpft“, freilich „massenweise“ die „Zwischenformen“ einbezogen[821], so geht es allemal nicht um die Oberfläche der in Rede stehenden Konzeption[822]. Die These *Jakobs'*, daß „die Maßnahme gegen den Feind nichts bedeutet, sondern nur zwingt“[823], also der eigentliche Leitpunkt insofern, wird dort jedoch am Beispiel der Verstöße gegen elementare Menschenrechte außer Kraft gesetzt, wonach die „Strafe“ gegen den „Feind“ Menschenrechtsverletzer „von einem Mittel zur *Erhaltung* der Normgeltung zu einem Mittel zur *Begründung* von Normgeltung mutiert“[824] oder anders gewendet: „Es geht (...) nicht um die *Erhaltung* eines ‚gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustands‘, vielmehr erst einmal um seine

[818] *Bielefeldt*, Folterverbot, S. 10.
[819] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 290.
[820] Ibid., S. 290, 297.
[821] *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 90.
[822] Näher *Llinares*, Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, in: Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Bd. I, Nr. 1, Juli, 2006, S. 140 f.
[823] *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 90.
[824] Ibid., S. 94.

Herstellung“[825], was seinerseits heißt, daß die „feindstrafrechtlich“ modellierte „Strafe“ hier[826], resp. im Lichte der „Begründung von Normgeltung“, nicht als nackter Zwang ohne „Bedeutungsgehalt“ konkretisierbar sein kann.

Die „feindstrafrechtliche“ Formel „Gefahrbekämpfung statt Kommunikation“[827], indem es in letzterer Hinsicht um einseitige „Kommunikation“ statt Interaktion geht, scheint also insofern schon ohne weiteres zu scheitern. Nur läßt sich die besagte „Bedeutung“ in *keine* rechtliche Reaktion einpassen: sie setzt die Normgeltung voraus, und für die Abstraktifizierung des *Delinquenten* Menschenrechtsverletzer gibt es keinen Grund, da wo keine nationale Strafgerichtsbarkeit insofern das Wort ergreifen kann, kann dies eben die internationale Strafgerichtsbarkeit, und zwar derart, daß dies kein ängstlich gehütetes Geheimnis vor den Menschenrechtsverletzern bleibt, i. e. es geht eben um etablierte Menschenrechte als Orientierungsbasis. Andererseits: Im Gegensatz zur „Begründung von Normgeltung“ läßt sich zwar deren „Erhaltung“ als kein Fremdkörper im Strafbegriff hinstellen, dies aber ist nicht das Dezisive, sondern daß der Delinquent weder etwa „feindstrafrechtlich“ zum Zweck der „Begründung von Normgeltung“ noch „bürgerstrafrechtlich“ zum Zweck der „Erhaltung der Normgeltung“ *instrumentalisiert* werden darf.

Nicht zuletzt bleibt ihrerseits angesichts des o. e. Kontexts die *Kantische* „Lokalisierung“ des Problems „auf der Schwelle zwischen dem (fiktiven) Naturzustand und dem staatlichen Zustand“, auf die sich *Jakobs* bei „feindstrafrechtlichen“ Auswertungen der Bekämpfungsgesetzgebung (scil. am Beispiel der Wirtschaftskriminalität wie des Terrorismus bis hin zu „ ‚Verbrechen‘ überhaupt“ in einem „metatechnischen“ Sinn) beruft[828], nach wie vor extrem ausgeweitet[829]. „Der Zustand vor der Herstellung des ‚bürgerlich-gesetzlichen‘ Zustands“ wäre allemal „der Naturzustand, und in diesem gibt es keine Personalität, jedenfalls (?) keine gesicherte Personalität“[830]; doch ob der Menschenrechtsverletzer „aus *der* Gesellschaft stammt, die ihn vor Gericht stellt“ oder man auf eine „auswärtige Gerichtsbarkeit“ angewiesen wird[831] (wobei es sich auch niemals um eine isoliert genommene „andere“ Gesellschaft, sondern immer nur um internationale Gerichtsbarkeit handeln kann), geht es hier wie dort gerade um keinen Naturzustand, in dem es nun einmal weder Strafe noch Sicherungsverwahrung[832] als Rechtsinstitut geben kann.

Daß es wiederum „*im Zustand verwirklichter Rechtsgeltung*, eben *im* funktionierenden Staat“[833] nicht nur um „Grundfälle eines Delikts“, sondern gleichermaßen um „prinzipiel-

[825] Ibid., S. 95.
[826] S. zur *Jakobs*schen Differenzierung zwischen „Strafbedeutung“ und „Strafzweck“ insofern *Bung,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 67 f.
[827] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 89.
[828] Ibid., S. 90, 92.
[829] S. hierzu auch *Bung,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 69.
[830] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 95.
[831] Ibid., S. 94 f.
[832] Näher *Bung,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 69.
[833] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 94 f.

le Abweichungen", also nicht von bloß „gedachter", sondern „wirklich geltender" Ordnung gehen und somit auch die „Erhaltung von Normgeltung" mitgedacht werden kann, erscheint dabei eben nicht undenkbar[834], so wie das, was eine Rechtsordnung e. c. „gegen Terroristen tun *muß*, wenn man nicht untergehen will", sollte dies „(gebändigter) Krieg" heißen[835], macht so wenig einen Krieg im Naturzustand aus wie etwa einen *Bürger*krieg, der aus „feindstrafrechtlicher" Sichtweise überhaupt als inkonzeptibel hinzustellen sein muß[836]. Gewiß kann im Zeitalter des internationalen Kampfes gegen den Terrorismus, wo die Terroristen mancherorts staatlich offen unterstützt und ebenso offen geschützt werden, hin und wieder scheinen, daß „die Begriffe ‚Krieg' und ‚Strafverfahren' durcheinandergeraten"[837], nur ändert das nichts daran, daß im Naturzustand kein Recht auf Sicherheit gibt, und wer gegen die Terroristen bzw. die „prinzipiellen Gegner" kämpft, kämpft nicht um dessen „Erlangung", sondern übt es aus, macht es eben geltend, i. e. beruft sich auf den bereits *vorhandenen* Anspruch, der u. a. nur *rechtlich* und nicht etwa naturzuständlich *legitim*[838] zu sein vermag. Als *Krieg* kann dieser Kampf wiederum *nur in extremis* einen legitimen Ausweg abgeben[839], niemals jedoch gegen „rechtlose Feinde": Die gibt es nach modernem Verständnis in keinem Krieg, und darüber hinaus: Man konstruiert und hält an entsprechende normative Erwartungen fest, die den Feinden in jedem Krieg gelten, resp. man konstruiert sie – sit venia verbo – nicht etwa im Hinblick darauf, daß keiner ihnen nachkommen werde. Auf *diese* Weise gelangt dann das Völkerstrafrecht in beiden Hinsichten zum Begriff des Kriegsverbrechers – ein in jeder seiner Ausprägung für den Naturzustand fremdes Phänomen.

Mit der Tendenz, und zwar der rechtstheoretisch irreversiblen Tendenz, die sich da einstweilen abzeichnet, deckt sich der Grundgedanke des „Feindstrafrechts" kaum, vielmehr handelt es sich gerade um prinzipiell konträre Blickrichtungen: Die Abstellung auf die Personalität des Feindes im Krieg, resp. wo der gegebene Begriff genuin rechtlich eben hingehört, im ersteren und die Suche nach „Feinden" bzw. „(rechtlichen) Unpersonen" im sozialen Frieden im letzteren Falle. Andererseits, wo dies also, sei es im Falle der Terroristen oder der Menschenrechtsverletzer, unumgänglich, daß *„zunächst*[840] Krieg geführt wird"[841], läßt sich der Begriff des Feindes ebensowenig etwa als Selbstzweck hinstellen, der hier denjenigen des Prozeßsubjekts substituiere[842]; vielmehr kann es nur noch

[834] Vgl. *Sinn,* Moderne Verbrechensverfolgung, S. 113 f und passim.
[835] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 92.
[836] S. aber *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294; vgl. *Aponte,* Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts, in: Leben im Feindrechtsstaat, S. 152.
[837] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 92; s. hierzu auch *Aponte,* Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: HRRS 8-9/2006, S. 302.
[838] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 95.
[839] Vgl. *Heinz/Arend,* The International Fight against Terrorism and the Protection of Human Rights. With Recommendations to the German Government and Parliament, 2005, S. 30 f und passim.
[840] Hervorhebung von mir – L.-G. K.
[841] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 95.
[842] *Aponte,* Krieg und Politik, a. a. O., S. 302.

um eine möglichst ephemere Interimslösung ohne eigene Bedeutung gehen, die besagt, daß der Terrorist als Terrorist wie der Menschenrechtsverletzer als Menschenrechtsverletzer nicht als Feind, sondern als Delinquent zu behandeln ist[843]. Zwar gilt es „feindstrafrechtlich" dem Worte nach, das nackte Gegenteil zu vermeiden[844], aber es liegt jedenfalls klar zutage, daß für das „Feindstrafrecht" als „Maßregelrecht" der Wesenskern des Verbrechensbegriffs verborgen bleibt.

7. 5. IM NAMEN DER SICHERHEIT?

Ob man den Begriff des Bürgers in der Tat durch denjenigen des „Feindes" in bestimmter Anknüpfung an vertragstheoretische Thesen mehr von *Hobbes* und *Kant* oder weniger von *Rousseau* und *Fichte* wie *Leibniz* reduziert[845] – oder insofern darauf u. a. etwa als auf den „vernünftigen Egoisten" im *Kantischen* Sinne[846] auf eine andere Art und Weise verzichtet bzw. schlicht von einem „nicht sozialisierbaren Subjekt" nach *Montesquieu*[847] ausgeht –, mag dennoch ein anderes Problem zu sein scheinen[848]. Das ist es aber kaum, und zwar ungeachtet dessen, ob der in Rede stehende Begriff „prinzipiell pejorativ" gemeint wird oder nicht[849] bzw. ob nur als terminus technicus beansprucht[850]. Vor allem ist die „feindstrafrechtliche" Sichtweise gegen den Leitgedanken *Hegel*scher Straftheorie gerichtet[851], den *Jakobs* ansonsten *selber* gründlich auszuwerten versucht[852]. – Gilt nun die „Reaktion" des „Feindstrafrechts" nicht einer „Person", sondern einem „psychophysischen System", und soll sie nicht nur im Falle des „aktuellen Täters" (unter dem Quantitätsaspekt der „feindstrafrechtlichen" „prinzipiellen Abweichung"), sondern gleichermaßen in demjenigen des „potentiellen Täters" überhaupt vor jeglicher Straftat (unter dem

[843] *Heinz/Arend,* The International Fight against Terrorism, S. 9, 30 f.

[844] *Jakobs:* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 92; Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294.

[845] *Jakobs:* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 89 ff; Feindstrafrecht, a. a. O., S. 289, 292 f; s. auch zum Begriff des „Rechtsgutsfeindes" *ders.,* Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, a. a. O., S. 753 f; kritisch zur *Jakobs*schen Berufung vor allem auf *Kant*: *Arnold,* Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: HRRS 8-9/2006, S. 305 f; *Bung,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 69 f; *Bielefeldt,* Folterverbot, S. 9.

[846] Eingehend *R. Saage,* Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 2. Aufl., 1994, S. 134 f.

[847] *Montesquieu,* De l'esprit des lois, Paris, 1977, S. 96.

[848] S. zum Begriff des „konstruierten Feindes" bei *Aponte:* Krieg und Politik, a. a. O., S. 300; Feind oder Bürger?, a. a. O., S. 145 ff; kritischer in diesem Sinn *Malek,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 317.

[849] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 88.

[850] Was allerdings nicht heißt, daß im Strafrecht davon insoweit jede Spur fehle. Nur läßt sich aus den instrumentellen Zusammenhängen, in denen e. c. das Moment der „feindlichen Willensrichtung" (s. *Lackner,* StGB, § 211/6 f) zutagetritt, kaum etwa der Angelpunkt des genuin Rechtlichen erschließen, eher eben umgekehrt.

[851] Vgl. *Haffke,* Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: KJ, 2005 (H. 1), S. 22.

[852] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 26 ff; s. aber *ders.,* Rezension: *Benno Zabel:* Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Berlin, 2007), HRRS 5/2007, S. 232.

Qualitätsaspekt in demselben Kontext) erfolgen, so sind das Spezifika, die *Jakobs* ansonsten keiner Rechtsordnung, sondern zurecht der „totalitärsten Ordnung" zuordnet[853].

Eine sich in status belli mit „gefährlichem Individuum" begreifende Gesellschaft wäre demnach selbst nicht weniger gefährlich, und so kommt es auch im hier interessierenden Fall, indem es „feindstrafrechtlich" auf eine „Entpersonalisierung" (auch) in ihrer äußersten Ausprägung abgestellt wird. Denn in einer Gesellschaft, die Bürger in „rechtlose Individuen" wandeln könnte, gäbe es keine Menschenrechte, resp. es kann schon per definitionem nicht darum gehen, wen auch immer in einem Rechtsstaat zu ächten, also jenseits der Menschenrechte zu begreifen, sondern die Stigmatisierung etwa als exlexer „Feind" kommt in Frage nur auf Kosten der Erodierung des Begriffs der Menschenrechte, da sie eben *Jedermanns*rechte bzw. *unveräußerlich* sind[854]. Wenn das „Feindstrafrecht" lehrt, daß „der Bürgerstatus nicht unbedingt etwas Unverlierbares sein muß"[855], so hat das also kaum einen Bezug zu unserer Zeit, denn in der Ära der Menschenrechte ist der Bürgerstatus eben „etwas Unverlierbares". Dies seinerseits erklärt, warum ein inwieweit ausnahmsweise auch immer entpersonalisierendes „Feindstrafrecht" die Menschenrechte als „sogenannte Menschenrechte" hinstellt[856].

Sollte jedoch das, worauf sich *Jakobs* im positiven Recht beruft[857], zur Konklusion: „Feind" führen[858], so dürfte es an dessen diversesten Erscheinungsformen weit über das „Strafrecht" hinaus wohl kaum mangeln, geschweige denn, warum hier nicht *jeder* Verbrecher als „Feind" erfaßbar sei, wo doch die Rechte nicht *nur* dem „prinzipiellen Gegner" „genommen" werden[859], anders gewendet: wo nicht nur die Sicherungsverwahrung, sondern auch die Strafe nicht spurlos insofern erfolgen kann. Aus der Perspektive der „feindstrafrechtlichen" „Aufhebung" der Rechte, die in der in Rede stehenden Konzeption als „Hauptmerkmal" der Dekuvrierung der „Feinde" gedacht wird[860], mutiert somit bei *Jakobs* jeder Delinquent – genauer, schon jeder Rechtsverletzer – zum „Feind". Heißt es nun auf der Ebene der Pflichten, daß das „Feindstrafrecht" als „Feinde" nur diejenige hinstelle, die keine „kognitive Mindestgarantie personalen Verhaltens" leisten – ein weiterer „zentraler" Maßstab[861], so zeugt dies gerade von keiner Kongruenz der „feindstrafrechtlichen" Postulate, und mehr noch: diese Diskrepanz tritt schon allein innerhalb des letzteren Aspekts mit gleicher Evidenz zutage, i. e. „Strafe bedeutet nicht nur etwas, sondern bewirkt auch physisch etwas (...). Der Zwang soll insoweit nichts bedeuten, sondern wirken, was heißt, er gelte nicht der Person im Recht, sondern dem gefährlichen

853 *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 26.
854 Eingehend *Bielefeldt,* Folterverbot, S. 5 und passim.
855 *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 89.
856 S. *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 289.
857 S.: ibid., S. 289 f, 293 ff; *ders.,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 92 f und passim.
858 Konsentierend insofern *Aponte,* Feind oder Bürger?, a. a. O., S. 140 f.
859 *Jakobs:* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 89; Feindstrafrecht, a. a. O., S. 293.
860 Ibid., S. 293, 296.
861 *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 93.

Individuum“[862], also „feindstrafrechtlich“: dem „Feind“, und lautet dabei die Ausgangsbasis, daß es sich bei „Bürgerstrafrecht“ und „Feindstrafrecht“ um „zwei Pole *einer* Welt“ handele[863], so ändert sich doch gerade nichts an der Annahme, daß auch insofern in der Konzeption des „Feindstrafrechts“ jeder Delinquent (mehr oder weniger) in „Feind“ gewandelt wird, was hier freilich nicht weiter verfolgt werden muß.

Der Begriff des Feindes setzt denjenigen des Kriegs voraus, und wo man den rechtsstaatlichen Frieden im Namen der Sicherheit durch Krieg abschafft, übersieht man vor allem, daß *es in jeder Permanenz des Friedens mehr Sicherheit als in jeder Permanenz des „gebändigsten“ Kriegs gibt*. Das „feindstrafrechtliche“ Verständnis von Gesellschaft bzw. die „Gesellschaft“ als quasisoziale Konstruktion, die „exkludiert“[864] und „bekriegt“, scheitert prinzipiell, denn *Gesellschaft ist Kriegsvermeidung*, resp. niemals weniger als Kriegsvermeidung. Um das aus „feindstrafrechtlichen“ Postulaten resultierende „gesellschaftliche“ Weltverständnis: die Welt als „Kriegsschauplatz“ kann es sich allenfalls bei Unrechtsordnungen handeln. Der kaum gewollte Kern der ganzen Korrelation konkretisiert sich schon bei einem weiteren Segment des „feindstrafrechtlichen“ Widerspruchsspektrums. Zwar heißt es, daß das „Feindstrafrecht“ „als etwas, das nicht zu dauerndem Gebrauch taugt“, zu erfassen sei, aber ohne Rücksicht auf die o. e. Supposition, wieso es dann um keine „Präskriptivität“, sondern nur noch darum gehe, das längst Funktionierende zu „deskribieren“ (was wiederum bedeutet, daß es eben zu keinem Gebrauch taugt, und nicht etwa, daß man es hier mit einem positivrechtlich permanent geführten Krieg zu tun hätte), und zwar verspricht das „Feindstrafrecht“ ein „Friedensdiktat“, aber ohne gewährleisten zu können, daß es keine Terroristen oder keine „notorischen Radfahrer ohne Licht“, kurzum: keine „prinzipiell Abweichenden“ geben wird[865], die es doch im Visier haben will.

Von einer „feindstrafrechtlichen“ Auswertung des positiven Rechts kann also eben keine Rede sein, dies nicht zuletzt am Beispiel der prozessualrechtlichen Komponenten[866]. Denn wenn dadurch, daß dem Beschuldigten in Ausnahmefällen keine Kontaktmöglichkeit nach §§ 31 ff EGGVG mit seinem Verteidiger für die Vermeidung diverser Gefahren für eine dritte Person gewährt wird, kaum jemand ernsthaft resümieren kann, daß der Staat Krieg gegen den Gefangenen führe oder zumindest es um einen Kriegsgefangenen gehe, so fällt dabei der Begriff des Feindes *schon* deshalb keineswegs weniger abstrakt aus, und die Untersuchungshaft §§ 112, 112 a StPO ist ja auch keine Vernichtungshaft. (Straf-)Rechtsverwirklichung und Krieg sind aber niemals etwa ab Moment

[862] Ibid., S. 88 f.

[863] Ibid., S. 88; *ders.*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 293.

[864] Und wenn das auch eine „Selbstexklusion“ heißen sollte: *Jakobs:* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 293 und passim; Personalidad y exclusión en Derecho penal, in: *ders.*, Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, 2004, S. 66 f; s. aber auch gegen die „exkludierende“ Sichtweise überhaupt *ders.*, Norm, 1. Aufl., S. 101 f.

[865] *Jakobs:* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 290, 292, 294; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 92.

[866] Ibid., S. 93; näher insoweit *ders.*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 296.

der Inhaftierung antithetische Begriffe, sondern bleiben dies immer schon von vornherein. Nichts anderes gilt im Hinblick auf materiellrechtliche Konsequenzen u. a. im Falle der Bildung terroristischer Vereinigungen nach § 129 a Abs. 6 f StGB. Das und weiteres mehr heißt freilich nicht, daß der positivrechtliche Kontext per se nicht anders aussehen könnte, nur ergäbe dies und mithin auch jede „Entlastung" des „Bürgerstrafrechts" durch das „Feindstrafrecht"[867] eben kein genuin sozial bzw. rechtsstaatlich erkennbares Bild. Im ersteren Sinn wiederum mit keiner geringeren Prägnanz als im letzteren, was heißt, die „Exkludierung aus der Gesellschaft" ist schon mit jedem genuin sozialen Gesichtspunkt definitionsgemäß unverträglich.

Nun mag das „Feindstrafrecht" über seinen virtuellen Gegenstand verfügen – die „Gefahrbekämpfung", es mag an sich u. a. den Staat bei der „Gefahrbekämpfung" binden, etc.[868]; wer aber „keine Person im Recht" ist, läßt sich auch als kein Subjekt des „Feindstraf*rechts*" begreifen, und wo das Subjekt fehlt, kann es auch kein „Feindstraf*recht*" geben. Die Frage, ob sich hier überhaupt ein Strafrecht „im weiteren Sinn" zu Wort meldet (*Jakobs*[869]) oder sich das „Feindstrafrecht" als contradictio in adjecto herausstellt (*Meliá*[870]), drängt sich also ein übriges Mal nicht allein in jenem Kontext auf, in welchem es sich dabei um ein „*Sicherungs*recht" handeln sollte. Das „Feindstrafrecht" schafft, mit anderen Worten, wesentlich größere „Gefahren" als es „bekämpfen" könnte[871], und nichts garantiert, daß man auf diesem Weg zu keiner Terrorjustiz gelangt. Aus demselben Grund gibt es in einem Rechtsstaat für ein „Feindstrafrecht" auch dann keinen Ort, wenn man die „Feinde" – was also nicht einmal im Kriegsrecht anders der Fall ist – als keine „rechtlichen Unpersonen" konstruiert. Denn die Erklärung zum „Feind", sei dabei *Schmitt*sche oder *Jakobs*sche Konnotation gemeint[872], ist allemal nur ein anderer Name für die Politisierung des Strafrechts. Wie die Rechtsgeschichte lebendig illustriert: Die Rechtssicherheit genießt in solchem Fall *keiner*. Der Begriff des „Feindes" höhlt jegliches Recht auf Sicherheit unvermeidbar und vollständig aus. Legitime Ordnungen suchen daher nach keinem Feindbild, was heißt, es handelt sich um einen rechtsstaatlich bzw. unumkehrbar inaktuellen Begriff.

Was hiermit für das „Feindstrafrecht" vor allem unerschlossen bleibt, ist das Phänomen der fehlerhaft agierenden Person: *Es gibt keinen (Normgeltungs-)Schaden ohne vorangehende Gefahr*. Der Bürger, der „delinquiert", ohne daß die Gefahr der Delinquierung in seinem Begriff mitgedacht werden kann, weist jedenfalls nicht auf *die* Welt hin, in der ein Straf*recht* entfaltet wird. Vielmehr käme es hier auf keine normativen Erwartungen, kein Rückwirkungsverbot an, es ginge also um keinen Rechtsstaat. Die normativen Er-

[867] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 94.
[868] *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 293 f.
[869] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 89, 91.
[870] *Meliá,* Feind„strafrecht", a. a. O., S. 268.
[871] S. hingegen zur rechtsstaatlichen Korrelation zwischen Freiheit und Sicherheit *Kaiafa-Gbandi,* Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite, in: ZIS 11/2006, S. 522.
[872] S. zur „feindstrafrechtlichen" Trennung *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294.

wartungen können wiederum enttäuscht werden, wobei dies bzw. die Gefahr keine strafrechtliche Verantwortung ausschließt, sondern bedingt deren Thematisierung gerade von vornherein, scil. – im wesentlichen („feindstrafrechtlich" noch einmal inkonzeptibel) – in einem mehr als bloß präventiven Sinn. Die Personalität des Delinquenten, freilich nicht anders als des normtreu Agierenden, symbolisiert also keine Ad-hoc-Skizzen, sondern interaktionistisches Kontinuum.

7. 6. DIALEKTIK DES WIRKLICHEN LEBENS

Daß sich der „feindstrafrechtliche" Lösungsversuch auf keinem spezifisch *straf*rechtlichen Gesichtspunkt beruht, soviel bedarf hingegen keiner Argumentation[873]. In diesem Sinn kann es hier auch nach keinem Ausgangspunkt der genuin strafrechtlichen Begriffsbildung gesucht werden. Was bleibt, ist die Frage, ob Ausnahmen ins Spiel gebracht werden, und wenn ja, inwiefern. Bei einem „normalen" Zusammenhang zwischen Tat und Strafe bleibt hiernach, „wenn der Täter trotz seiner Tat die Gewähr dafür bietet, sich im großen und ganzen als Bürger, also als rechtstreu agierende Person zu benehmen. Wie sich Normgeltung nicht *völlig* kontrafaktisch durchhalten läßt, so auch nicht Personalität (...) Wenn der andere nicht nur als Individuum, also als nach Lust und Unlust kalkulierendes Wesen berechnet, sondern wenn er als Person genommen werden soll, was heißt, wenn von seiner Orientierung an Recht und Unrecht ausgegangen werden soll, dann muß auch diese normative Erwartung im großen und ganzen kognitiv unterfangen sein, und zwar um so deutlicher, je gewichtiger die in Rede stehenden Normen sind"[874]. Das „immer wieder anomische Verhalten" bzw. die „notorische Enttäuschung der normativen Erwartung" rücke dabei ins Blickfeld isoliert genommene „faktische Gefährlichkeit"[875], die die „Personalität" des Agierenden ausschließe.

Übertragen auf die Normgeltung selbst heißt dies, daß „ohne hinreichende kognitive Sicherheit erodiert die Normgeltung und wird zum leeren Versprechen, leer, weil es keine wirklich lebbare gesellschaftliche Gestalt mehr anbietet (...) Personen wollen nicht nur Recht haben, sondern auch mit ihrem Leib durchkommen, also für sich als bedürftige Individuen ein Auskommen finden, und das Vertrauen auf das, was nicht sein darf, verhilft eben nur dann zu einer Orientierung, mit der man sein Auskommen finden kann, wenn es vom Wissen, was sein wird, nicht allzu stark konterkariert wird"[876], genauer, „eine entwickelte Rechtsordnung garantiert den Personen nicht nur das nackte Recht, sondern auch – im großen und ganzen – die Nutzung des Rechts"[877]. Ohne gewisse Modifizierung wäre jedoch damit die frühere These von *Jakobs* über die kontrafaktische Durch-

[873] S. zu den „feindstrafrechtlichen" Dualisierungen ibid.

[874] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91.

[875] Ibid., S. 90 ff; *ders.,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 292.

[876] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91.

[877] *Jakobs,* Feindstrafrecht, S. 291; vgl. *Pawlik,* Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie, in: ZIS 7/2006, S. 283.

haltung von normativen Erwartungen, also der „Erwartbarkeit der Normtreue anderer“[878] kaum kompatibel[879]; doch solche Modifizierungsmühe sollte man gerade keineswegs scheuen[880], mehr noch: flustra ferentur leges nisi subditis et obedientibus. Darauf kommt es aber hier nicht an, vielmehr liegt der eigentliche Prüfstein eben woanders.

Die Gesellschaft „entläßt auch den hartnäckigen Verbrecher nicht aus seiner Pflicht, kein Verbrechen zu begehen“[881]. Warum, so ist zu fragen, sollte es hier überhaupt auf „Pflichten“ und „Delikte“ ankommen, wo doch der Täter für „inkompetent“ gehalten wird? Die Antwort darauf, warum die Pflichten eines solchen Täters „ungeschmälert bleiben“ müssen, wenn also auch „mit Pflichterfüllung kognitiv nicht mehr gerechnet wird“, liege in nichts anderem als in folgendem: „sonst wäre er mangels einer Pflichtverletzung nicht Verbrecher“[882]. Zwar geht es um einen Pflichtenträger, aber um keinen „kompetenten“ Pflichtenträger, und ebenso liegt zwar ein Verbrechen vor, aber kein „Normalfall eines Verbrechens“[883]. Pflicht und Delikt, anders als Personalität und Normgeltung, sind demgemäß „feindstrafrechtlich“ etwa „unendlich“ relativierbare Größen. Daß es jedoch die Quadratur des Kreises ist, liegt auf der Hand, und die Suche nach einem Ausweg kann den abstrakten Zusammenhängen i. S. einer schieren Immanenz nicht gelten.

Das „Feindstrafrecht“ läuft seinem Wesen nach auch insofern einer genuin sozialen Problemstellung zuwider, denn die „Kommunikationsunfähigkeit“ des „prinzipiell Abweichenden“ kann eben nicht begründbar sein[884]. Der Grund, aus welchem hier nicht nur „zuverlässig Zurechnen-Können“, sondern gleichermaßen „in einer Orientierung bietenden Art und Weise Normbefolgung Erwarten-Können“[885] möglich sein kann[886], liegt in folgendem: *Der Mensch ist soziales Wesen*. Stimmt die These – und wenn nicht, was hält dann die Gesellschaft in ihrer Transfinität zusammen? –, so läßt sich mit dem „entpersonalisierenden“ Konzept der „kognitiven Mindestgarantie personalen Verhaltens“ hier nicht viel anfangen, weil in solchem Fall die interessierende „Mindestgarantie“ auch bei jedem „hartnäckigen Verbrecher“ mehr oder weniger präsumierbar, und dies seinerseits zeugt eben nur davon, daß das „Feindstrafrecht“ gegen keine genuin soziale Sichtweise durchsetzbar ist. Nicht zuletzt ergibt sich daraus, daß das Subjekt der monotropen Kriminalität und dasjenige der aus einer „allgemein antisozialen Haltung“ resultierenden

[878] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91.
[879] Eingehend *Llinares,* Persona o enemigo, a. a. O., S. 141 ff.
[880] Nur tritt indes die ganze Abstraktheit des Grundprinzips der „Bürgerstrafrechtslehre“ von *Jakobs* zutage, denn in welcher Gesellschaft kommt es auf eine solche „(Erhaltung der) Normgeltung“ an, die nichts mit „(Rechts-)Gütersicherheit“ (*Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 37 und passim) zu tun hätte?
[881] *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294.
[882] Ibid., S. 293.
[883] Ibid., S. 292 und passim.
[884] Vgl. *Sinn,* Moderne Verbrechensverfolgung, S. 114.
[885] *Jakobs,* Feindstrafrecht, a. a. O., S. 297.
[886] S. auch *Bung,* Zurechnen-Können, a. a. O., S. 320 f.

polytropen Kriminalität entsprechend etwa als kein „Partialfeind“ und kein „Totalfeind“[887] erfaßbar sind.

Der gefährliche Täter, dem die neben der Strafe angeordnete Sicherungsverwahrung gilt, ist weder das „rechtlose“ noch das „gefährliche Individuum“, wie dies „feindstrafrechtlich“ zu „konstatieren“ versucht wird, was heißt, geht es einerseits um das Subjekt der Rechtsbeziehung, das nicht auf die „schicksalhafte“ Einsicht des Staates und seiner Organe angewiesen wird, sondern seine Rechte geltend macht (schon der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 62 StGB ist in demselben Sinn radiziert), so liegen andererseits die Pflichten ebensowenig außerhalb der Rechtsbeziehung, und zum „feindstrafrechtlichen“ Nominalismus degradiert sie die Sicherungsverwahrung eben keineswegs. Anders formuliert, erst einmal ist der Pflichtenträger, der von Pflichtverletzung(-en) abgehalten wird, also der „potentielle Delinquent“, wohl oder übel kein „Individuum“, da die Pflicht nicht zu seinem Begriff paßt, sondern auf denjenigen der Person hinweist; daß dabei das positive Recht auch nicht an bloßer Abstraktion festhält, sondern daß Pflicht und Delikt, genauer: die Personalität mit interaktionistisch relevantem Inhalt aufgeladen bleiben, ist ebenso evident: Delinquiert der Sicherungsverwahrte, so hat er strafrechtlich zu verantworten.

Der Versuch *Jakobs'*, hier die Personen durch inkompetente Individuen zu ersetzen, läßt sich jedoch aus der Perspektive *seiner* Theorie der Person nicht als inzident hinstellen, vielmehr ist sie nicht wesentlich ergiebiger schon dort, wo es nur noch um Strafe geht. Es handelt sich genaugenommen um isoliert aus der Norm erschlossene Personalität, die im Vergleich zum traditionellen, bloß instrumentellen Verständnis von Person zwar einen beachtlichen Vorsprung verkörpert, aber weder die Strafe, die dem „aktuellen Normbrecher“ gilt, noch die daneben dem „potentiellen Normbrecher“ geltende Sicherungsverwahrung kommt in der Welt der ausnahmslos nur „richtig Motivierten“ vor. Man mag lavieren resp. den Blick auf die „Umwelt der Gesellschaft“ richten. „Formelle Person“, „unwirkliche Person“, „Unperson“ etc. setzen dabei auf eine oder andere Weise an einer genuin sozial fremden Diskontinuität der Personalität an. Dementsprechend ist der *Jakobs*sche Begriff der Person seinem Wesen nach auf reines Unisono von „normkonformen Weltentwürfen“ zugeschnitten, mit der Dialektik des wirklichen Lebens ist er hingegen wesensmäßig inkompatibel.

Käme es nun gegen den delinquierenden Sicherungsverwahrten nur noch auf die zweite Spur des strafrechtlichen Reaktionssystems an, verhielte es sich mit dem o. e. Aspekt anders. *Hier* ginge es um „Individuen“, nur wäre in solchem Fall nicht nur das Delikt ein zumindest seltsames Konstrukt, sondern keine Sicherungsverwahrung in ihrer Subsidiarität von Anfang an möglich, was also den Ansatzpunkt gerade als krasses Abstraktum enthüllt. Wiederum läßt es sich kaum behaupten, daß die Strafe selbst als einseitig-„kommunikativer“ „Widerspruch“ im (oder auch außerhalb des) Rahmen(-s) der positiven Ge-

[887] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 293 f.

neralprävention den Inbegriff der Unterscheidung von „Individuum“ und „Person“ darstelle, was aber, beiläufig bemerkt, insofern bzw. beim „Bedeutungsaspekt“ der Strafe nach *Jakobs* etwa der Fall sein sollte[888].

Beim *„inimicus“* des „Feindstrafrechts“ handelt es sich also vor allem weder um den Sicherungsverwahrten des Strafrechts, der von Normbrüchen abgehalten wird, noch um den Kriegsgefangenen des Kriegsrechts, der nun davon abzuhalten ist, was er im Krieg als Feind freilich „darf“. Andererseits ist die „Konzession“, es gehe um keinen „anderen“ (etwa als „hostis“)[889], wo man von „aus der Gesellschaft Exmittierten“ spricht, verlorene Liebesmüh. Wen auch immer das „Feindstrafrecht“ als solchen meinen mag, ist jedenfalls derjenige, den es entwirft, strafrechtlich weder vorhanden noch konstruierbar. Das „feindstrafrechtliche“ Ringen um nahezu Selbstverständliches, daß „Verbrechen bleiben auch dann Verbrechen, wenn sie mit radikalen Absichten und im großen Stil begangen werden“[890], fördert dies allemal zutage. Dem „Feind“ wird die Strafrechtsschuld zugeschrieben[891], als Adressat der Strafe kommt er hingegen nicht in Frage. Ein solches „Verbrechenssubjekt“ gäbe es aber nur im Bereich des Fiktiven, denn die strafrechtliche Schuldfähigkeit wird nicht außerhalb der *straf*rechtlichen Beziehung konzipiert, mehr noch: Schuldfähigkeit von Verantwortungsunfähigen wäre in keinem Fall eine aussichtsreiche Postulierung. Schaut man sich genauer an, worum es kontextuell geht, resp. wie sich der „schuldige Feind“ stillschweigend in „schuldige Person“ transformiert, die nun strafrechtlich zu verantworten hat, ist kaum ersichtlich, wieso am überflüssigen Begriff des „Feindes“ dennoch festzuhalten sei.

Dies seinerseits weist in aller Deutlichkeit darauf hin, daß es sich beim Grundsatz der „Mischtypen“[892] weitgehend um einen bloßen Zugzwang handelt. Geht man davon aus, daß gegen den Täter, der „das Leben in einem ‚gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand‘ nicht mitmacht“, nur noch „*zusätzlich* zur Strafe sichernd zu verfahren ist“[893], so paßt das kaum zum Wesenskern des „Feindstrafrechts“[894], vielmehr läßt seine Grundannahmen gerade „verblassen“. Sie werden jedoch nicht aufgegeben, es wird dualisiert: Gegen den „Feind“ ist nicht nur „*zusätzlich* zur Strafe“, sondern auch „*vor* der Tat“ sichernd zu verfahren[895]. In dieser letzteren Hinsicht geht es nämlich um strafrechtlich nicht identifizierbare „Gefahren“, wobei es angesichts der polarisierenden „feindstrafrechtlichen“ Relativierungen offen bleibt, welchen gordischen Knoten das „Feindstrafrecht“ durchhauen will, und das Prinzip der Unschuldsvermutung, soweit es bei keiner rein technisch restringierten Gestalt des gegebenen Grundsatzes bleibt, wird eben deutlich untermi-

[888] *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 88.
[889] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294.
[890] *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 92.
[891] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294.
[892] Ibid., S. 293.
[893] Ibid., S. 294.
[894] S. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 90.
[895] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294.

niert[896]. Ebendies beispielhaft gefaßt: Zwischen der Verschließung des eigenen Hauses nachts[897] und der Hexenjagd nach potentiellen Dieben verläuft die Grenze, die das rechtsstaatliche vom unrechtsstaatlichen Verständnis von Recht auf Sicherheit trennt.

Doch das „Feindstrafrecht" erliegt hierbei schon seiner inneren Diskrepanz gänzlich. Wer seine Taten in keinem Maße externalisieren „dürfen" sollte, also vor jeglicher geschehenen Tat als kein „Bürger", sondern ausschließlich als „Feind" zu behandeln wäre, ließe sich nach der geschehenen Tat anhand keiner Leerformel als Verantwortlicher bzw. als „Bürger", dem per Strafe „widersprochen" wird, und nur noch daneben als „Feind" definieren, dem die Sicherungsverwahrung gilt. Das aber ist bereits dem *Jakobs*schen Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung ohne weiteres ablesbar, denn die Folgenverantwortung ist eben nur als Preis für die Verhaltensfreiheit thematisierbar[898], und aus derselben Sicht vor allem: der „rechtlose Pflichtenträger" als zentrales Spezifikum des „Feindstrafrechts"[899] kann also nun einmal ebensowenig theoretisch untermauert werden[900]. Genauer lautet dies, daß die „Unperson" bzw. der „Feind" u. a. einen zu künstlichen Begriff darstellt.

In einer freiheitlichen Gesellschaft läßt sich das Recht auf Sicherheit niemals etwa schier instrumentell ins Visier fassen. Wo das „Subjekt" des „Feindstrafrechts" das „rechtlose Individuum" heißt, kann wiederum definitionsgemäß nicht davon die Rede sein, daß das „Feindstrafrecht" bei der Bekämpfung der „Feinde" genuin rechtlich bindet. Will es nun hinsichtlich der „Natur" binden, so rutscht die Unantastbarkeit der Menschenwürde hinweg, und außerdem: mit „Gefahrbekämpfung" hat hier die Abstellung auf den Begriff der „rechtlichen Unperson" auch nur in abstracto nichts zu tun. Die „Entpersonalisierung" erfolgt also im „Feindstrafrecht" nicht nur im Namen der „Sicherheit", sondern stellt sich bei näherem Hinschauen auch als Selbstzweck heraus. Unter die Gegenstände des Sachenrechts mischt man den Betreffenden hier wie dort, was heißt, eine exkludierende „Gesellschaft" führt eben zu keiner *Rechts*ordnung, und nicht zuletzt ist die Unschuldsvermutung ein ausschließlich rechtsstaatlich unverzichtbarer Grundsatz. Mit anderen Worten: *Das „Feindstrafrecht" widersetzt sich den „prinzipiellen Gegnern" einer freiheitlichen Gesellschaft im Ergebnis kaum, sondern erweist sich gerade als kontraproduktiv: bringt den Rechtsstaat als Rechtsstaat aus den Fugen, und zwar unnachholbar*. Die „entpersonalisierende" Welt des (Quasi-)Sozialen ist also keineswegs ein hoffnungsvoller Weltentwurf. Nicht weniger essentiell ist es jedoch, daß in einem Rechtsstaat jede weitere Version des „Feindstrafrechts" ex aequo unpraktizierbar wäre.

[896] *Bielefeldt*, Folterverbot, S. 10.
[897] *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 292.
[898] S. *Jakobs*, Tun und Unterlassen, 1996, 19 ff.
[899] S. *Jakobs*, Feindstrafrecht, a. a. O., S. 293.
[900] Vgl. *Bung*, Zurechnen-Können, a. a. O., S. 320.

8. DER PRÄVENTIVE „FUNKTIONALISMUS“

Kehren wir nun bis zur Strafebene selbst am in der Konzeption von *Jakobs* thematisierten Aspekt zurück: „Personales Verhalten ist zwar leibliches Verhalten, aber solches mit der Bedeutung einer Verständigung über Normen. Auf solches Verhalten kann nicht nur-äußerlich, nur-leiblich, reagiert werden, sondern wiederum allein durch einen Ausdruck mit der Bedeutung einer Verständigung“[901]. Die Strafe als „Wegnahme von Interaktions-“ bzw. „Entfaltungsmitteln“[902] des Täters erfolgt hierbei, wie bereits auch den oben hervorgehobenen Momenten zu entnehmen ist, „nicht, weil der Normbrecher nicht Person wäre; wäre er dieses nicht, läge auf der Hand, was getan werden müßte: das zur Verhinderung von Wiederholungen Zweckmäßige und sonst nichts. Sie erfolgt vielmehr gerade, weil er Person ist, aber an den Inhalt seines Verhaltens nicht angeschlossen werden darf (…)“[903]. Die *Qualität*, daß an den „formellen Sinn“ des „Kommunikationsteilnehmers“ nicht angeschlossen werden darf, vermittelt aber bereits die normative Ebene per se[904], denn widrigenfalls wäre der Normbruch kein Enttäuschungsfall resp. von der Norm selbst keine Erwartung ableitbar[905]. Für die Strafe bleibt sonach eben nur präventive Funktion übrig, die die Gegenwart der „Kommunikation“ dem „formellen Sinn“ des Normbrechers überläßt, die Wirklichkeit der Gesellschaft wiederum mit der Erhaltung der sozialen Interaktionsmöglichkeiten an sich identifiziert: Da die Bedeutung des normrelevanten Verhaltens vom Täter „nicht bloß symbolisch objektiviert“ wird, sondern „durch die bereits nach der Behauptung gestaltete äußere Welt der Personen“, „wäre die isolierte Erklärung, an die Tat sei nicht anzuschließen, schwächer objektiviert, als es die Tat selbst ist: So wie die Tat die äußere Welt der Personen endgültig gestaltet (oder dazu ansetzt), muß auch die Reaktion auf die Tat endgültig gestalten, was heißt, Anschluß effektiv unmöglich machen und somit in der äußeren Welt dauerhaft werden“[906]. Daß es jedoch nicht bei einer bloßen Intensität der Objektivierung im o. e. Sinne resp. einer *präventiv erfaßten* Fortführung der „Kommunikation“ bleiben kann, zeigt sich bereits daran, daß bei dieser Lage jede künftige Handlung hauptsächlich als kein „kommunikativ relevanter Sinnausdruck“ mehr, sondern nur noch als eine *kontrapräventive* „Stellungnahme“ des „Kommunikationsteilnehmers“ konzeptualisiert wäre. Die gegebene Spaltung des Handlungsbegriffs bestätigt wiederum keine Wirklichkeit der Gesellschaft, sondern stellt sie gerade in Frage. Was löst das ganze Mißverhältnis aus?

Das Strafrecht stellt kein äußeres Instrumentarium dar, sondern ist Konstituens des Interaktionssystems. Besteht die Aufgabe der Strafe nur darin, den Anschluß an den sozial verfehlten Sinn deliktischen Verhaltens unmöglich zu machen, dann lautet dies, daß die

[901] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 103.
[902] Ibid., 103 f; *ders.:* Straftheorie, a. a. O., S. 29 ff; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91.
[903] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 104.
[904] Vgl. *Schmidhäuser*, Über Strafe und Generalprävention, in: FS E. A. Wolff, S. 448.
[905] *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 42 und passim.
[906] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 105; vgl. *ders.*, Staatliche Strafe, S. 29.

Enttäuschung *selbst* sozial nicht verarbeitet werden kann. *Die Lösung des sozialen Konflikts* und *somit* die Bestätigung der Wirklichkeit der Gesellschaft in strafrechtlich relevanter Hinsicht erfolgt hingegen nur durch Strafe *als Schuldausgleich*, nicht als Prävention. Nicht formell-präventiv wird die Kontinuität des Sozialen strafrechtlich gewährleistet, sondern erst im Schuldausgleich als Lösung des sozialen Konflikts tritt sie hier zum Vorschein, was insofern heißt, daß ein durch Verbrechen zum Widerspruch herausgefordertes System von keiner positiven Generalprävention beim Strafbegriff ausgehen kann.

Etwa die „Beruhigung, daß die Norm gilt" bzw. „daß die durch die Tat beeinträchtigte Normgeltung durch die Strafe wieder gefestigt wurde"[907], mag rein äußerlich den Anblick einer „Beseitigung des intellektuellen Verbrechensschadens" im traditionellen Sinne bieten[908] resp. das „Minimum an Recht" an sich gewährleisten; der Schuldausgleich und die „Einübung in Rechtstreue" sind aber dabei essentiell unterschiedliche Momente, und das letztere davon treibt keine institutionell kompetente Interaktion ununterbrochen voran: Die „in Rechtstreue Einzuübenden" weisen nämlich auf kein aktuelles Bild der Sozialität hin, denn wo keine Rechtstreue vorhanden ist, findet keine Gesellschaft statt. Die „Rechtsuntreue" als Schuld und die „Einübung in Rechtstreue" als Zweck der Strafe[909] skizzieren mithin allenfalls einen lückenhaften Verlauf der strafrechtlichen Beziehung, den es genuin sozial nicht gibt. Wieso dabei das „Manko an Rechtstreue" bzw. die „mangelnde Rechtstreue" per se eines einzelnen überhaupt die „Normbefolgungsbereitschaft" aller tangieren sollte[910], läßt sich nur als offenes Problem hinstellen[911], und v. v.: Die Rechtstreue der Allgemeinheit hängt nicht davon ab, ob der einzelne delinquiert, damit er generalpräventiv zur Verantwortung gezogen werden kann. Doch dies ist hier nicht der Schlüsselaspekt.

---

[907] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 27.

[908] Ibid.

[909] *Jakobs:* Schuldprinzip, S. 25, 27, 35; Schuld und Prävention, S. 24 ff.

[910] S. aber *BGHSt* 24, 40/44 ff.

[911] Vor allem wird dies schon in der folgenden Auseinandersetzung *Jakobs'* mit dem *Hegel*schen Begriff des Handlungssubjekts deutlich: „Der von *Hegel* (...) angegebene Zusammenhang, in des Normbrechers ‚als eines Vernünftigen Handlung' liege, ‚daß durch sie ein Gesetz aufgestellt' sei, ‚unter welches er also, als unter sein Recht subsumiert' werden dürfe, trägt keine Straftheorie; denn der Normbrecher in seiner nur-formellen Vernünftigkeit - in der hiesigen Terminologie: als nur-formelle Person, die solchen Sinn ausdrückt - kann der Gesellschaft nicht aufzwingen, wie zu verfahren ist" (*Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 108), doch schon eben daher die „Einübung" anderer „in Rechtstreue" nicht notwendig machen, und zwar indem es um eine *funktionierende* Gesellschaft geht. Andererseits kommt es aber hier gerade auf Gemeinsamkeiten an: Die „Aufstellung eines Gesetzes" durch „Handlung" und die „Handlung" als „Sinnausdruck des Inhalts, die (in Rede stehende) Norm sei nicht leitende Maxime" (Fn. 678) zeugen gleichermaßen von einem mit der verletzten Norm konkurrierenden „Weltentwurf", resp. stellen beide (straf-)rechtlich ein nur-negatives Handlungskonzept dar, und eine nur-negative „Handlung" kann ausschließlich jenseits des Allgemeinen bzw. des gesellschaftlich Relevanten in ihrer Kontinuität vorkommen. Ob es dabei um *„Geltung" des Verbrechens* im Falle seines Nicht-„Aufhebens" (*Hegel,* Grundlinien, § 99) oder um *Nicht-„Geltung" der Norm* bei einer unzulänglichen „Distanzierung" vom Täter (*Jakobs,* Norm, 1. Aufl., 106 ff) gehen würde, ist genuin sozial freilich noch einmal das gleiche.

Bei der Schuld in einem genuin sozial fundierten Handlungsbegriff kann niemals bloß die isolierte Rechtsuntreue des Täters („gegenüber legitimen Normen“)[912] sichtbar sein, vielmehr kennzeichnet diese Negativität die Schuld in einem weiten Sinn, in dem sie auch ohne jeglichen Zusammenhang mit der Strafe gegeben sein kann, und vor allem schon in der Schuldlehre von *Jakobs*, wie gezeigt, bleibt es im Grundsatz nicht dabei. Ein funktional erfaßter Schuldbegriff, auf den es nach dieser Lage ankommt, läßt sich aber als kein „Derivat der positiven Generalprävention“ begreifen, sondern die Schuld ist *Beitrag zur allgemeinen Kontinuität einer institutionell kompetenten Interaktion*, und zwar indem sie mit der *durch dieselbe Eigenschaft* konstituierten Strafe korreliert. Dieser Zusammenhang zwischen der Schuld in einem gesellschaftstheoretisch erfaßten Handlungsbegriff und der Strafe ist jedoch als *funktionaler* Sinnzusammenhang erst in dem Maße dekodierbar, in dem die Strafe die Schuld i. w. S. resp. *das „Manko an Rechtstreue“ ausgleicht*, also eben nur aus jener Perspektive, die die Konzeption *Jakobs'* in Abrede stellt[913]. Mit anderen Worten, sei dieses metainstrumentelle „Manko“ *straf*rechtlich unantastbar, sondern die Strafe rein prospektiv auszurichten, so ginge es um keine *Inter*aktion.

Von gegebener „Rechtsuntreue“ läßt sich im Strafrecht auf polizeirechtliche oder eine andere Weise auch dort keineswegs abstrahieren, wo es zu keiner Strafe kommen sollte, vielmehr kann die Voraussetzung für einen Verzicht auf die strafrechtliche Reaktion nur der Umstand bilden, daß sie als ausgeglichen gilt, scil. schon im Schuldspruch per se. Denn der Ausbruch aus der Sozialität, um den es widrigenfalls gerade ginge, hat gesellschaftstheoretisch keine Wirklichkeit. Ebensowenig geht es wiederum in solchen Fällen um einen erschöpfend entfalteten Schuldbegriff, sondern die Schuld bleibt insofern nur noch im o. e. weiten Sinn erkennbar, die in keine Berührung mit der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung kommt, weil sich *der Handelnde i. w. S.* in bezug auf die geschehene Tat außerhalb der strafrechtlichen Beziehung befindet. Bleibt es also bei der strafrechtlichen Schuld bzw. der strafrechtlichen Handlung in einem weiten Sinn, so wird in diesen Ausnahmefällen keine Ebene der Interaktion erreicht, da sie immer nur in symmetrischen Aktionen zutagetritt.

Eine Differenzierung zwischen der „Strafbedeutung“ als „Widerspruch gegen den (Norm-) Widerspruch“ und dem Strafzweck als „Schmerzzufügung“ i. S. einer „kognitiven Untermauerung“ des „Widerspruchs“[914] führt noch zu keiner prinzipiellen Umwandlung in die Richtung des genuin Sozialen. Etwa das Monitum, die „kognitive Sicherung der Normgeltung“[915] per Strafe aus dem Grund nicht möglich sein könne, daß sie in Anbetracht des Schuldspruchs selbst hinreichend gegeben sei[916], ist bei weitem nicht unwiderleg-

[912] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 26 f, 29.
[913] *Jakobs*, Schuld und Prävention, S. 33.
[914] *Jakobs*, Staatliche Strafe, S. 29 ff.
[915] Ibid., S. 29.
[916] *J. Bung*, Feindstrafrecht, S. 67.

bar[917], und wenn dem auch nicht so wäre, ergäbe dies jedenfalls keine insoweit lösungsorientierte Differenz[918]. Anders verhält es sich mit dem ersteren Aspekt, also damit, was hier „kognitiv untermauert" werden soll.

Der „Widerspruch gegen den Normwiderspruch" vermag dabei zum Ansatzpunkt keinen Ausgleich des „Normgeltungsschadens" – ein *pur metapräventives* Moment! – zu beanspruchen[919], sondern wird eben rein einseitig-„kommunikativ" (wobei u. a.: der Normbrecher muß schlechterdings an die „Bedeutung" [des „Strafzwangs"] bzw. an die „Antwort auf die Tat"[920] anschließen können[921]) auf die Postulierung dessen reduziert, daß die vom Täter desavouierte Norm gilt[922]. Aus diesem Grund kommt dann die „Bekräftigung des Widerspruchs" als „Strafzweck" überhaupt in Frage. Eine solche Einseitigkeit der „Gegenrede" gegen den „Weltentwurf" des Täters[923] weist, wie bereits angesprochen, jeder Schuldvorwurf auf[924], und zwar in dem Maße, daß sich daran auch im Falle einer ausgeschlossenen oder aufgehobenen Strafe nichts ändert. Was aber auf dieser Ebene im allgemeinen gerade fehlt, ist die interaktionistisch maßgebliche Gestalt des „Widerspruchs" gegen die Desavouierung der Norm(-geltung).

Bloß ausnahmsweise, wo die metainstrumentellen Kosten einer Straftat gesellschaftlich verblassen, können sie, wie erwähnt, schon im Schuldspruch als ausgeglichen gelten, und das Allgemeingültige zwischen Schuld und Strafe wird insofern umgekehrt, scil. die Schuld als Vorwurf begründet dabei nicht die Strafe, sondern macht sie gerade überflüssig. Jedenfalls, und dies ist die Hauptsache, gibt es auf dem Niveau der beseitigten metainstrumentellen Kosten bzw. des ausgeglichenen „Normgeltungsschadens" keinen sozialen Konflikt, in dem der Staat gleich mit welchen („Normgeltungs-")Sicherungsansprüchen intervenieren dürfte, vielmehr kann er nur gestalten lassen. Der Schuldausgleich läßt hiermit keine nachträgliche präventiv erschöpfte wie sonstige „kognitive Sicherung der Normgeltung" zu, sondern schließt sie in einer interaktionistisch relevanten Gestalt als das Selbstverständlichste mit ein, indem der Konflikt selbst nicht in die „Umwelt der Gesellschaft" weggeschoben, sondern durch die Kontinuität des Sozialen absorbiert wird.

Es geht, mit anderen Worten, um keine Gesellschaft von auf die Normbrüche lauernden „Kommunikationsteilnehmern", wo es dann bloß darauf ankäme, „Anschluß effektiv

[917] S. schon *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 104 ff.

[918] Wie bereits betont, entscheidend ist vielmehr, ob in bloßen „Intensivierungen" gegebener Art überhaupt das genuin Soziale kristallisiert.

[919] So aber *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91.

[920] Ibid., S. 88.

[921] Ob nun hiermit nicht das übrige Mal die schiere Vorläufigkeit (*Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 82) der aus einseitiger „Kommunikation" erschlossenen „formellen Personalität" resp. der Begriff der „formell vernünftigen Person" als bloßer Hilfsbegriff zutagetritt, mag auf sich beruhen.

[922] *Jakobs,* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91.

[923] *Jakobs,* Schuldprinzip, S. 27.

[924] Vgl. *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 105.

unmöglich zu machen“, sondern die Interaktionspartner einer *funktionsfähigen (=kontinuitätsfähigen)* Gesellschaft sind es vor allem selbst, für die der Normbruch gerade inakzeptabel ist, und das Spezifische, das insoweit ans Licht tritt, ist die Erwartung des Schuldausgleichs. Nicht die Enttäuschung seitens des Täters ergäbe in diesem Zusammenhang unmittelbar den Bedarf an „Ausschluß des Anschlusses“, sondern die Enttäuschung der besagten Erwartung seitens der Gesellschaft. Im Unterschied zu einem deliktischen Verhalten selbst in bezug auf die Personalität des Delinquenten erodiert dieses Ungenügen der Gesellschaft ihre Wirklichkeit, erst dadurch wandelt sich auch der Delinquent samt allen anderen Interaktionspartnern in „unwirkliche Person“[925], da die Aktion, die im Ansatz interaktionistisch erfaßt, auf dieselbe resp. genuin soziale Art und Weise nicht verarbeitet wird. Jeder Ausschluß der „Gemeinsamkeit“ mit dem Normbrecher dient insofern einem rein formellen Festhalten an der „Gesellschaft“, in der es nun auf den präventiven Topos der „Lenkung“ abgestellt wird.

Zwar erweist sich der *Jakobs*sche Sinngehalt der Handlung nicht als interaktionistisch, sondern als einseitig-„kommunikativ“, nichtssdestoweniger weist aber *seine* Konzeption eben kein einheitliches Kriterium für die Komplexion auf, daß im oben entfalteten Kontext die Wirklichkeit der Gesellschaft nicht degradiere; vielmehr liegt hierbei der Angelpunkt offen zutage, der der bereits angedeuteten prinzipiellen Diskrepanz Gestalt verleihen muß. Es geht nämlich um die Normtheorie und die Straftheorie von *Jakobs*, und zwar vor allem im Prisma *seiner* Theorie der Person: „Personen werden von der Gesellschaft nicht gelenkt, sondern konstituiert, und wenn es bei der formellen Konstitution bleibt, wird, so die Norm wirklich ist, durch Wegnahme der Mittel leiblichen Verhaltens das materiell Normgemäße als allein anschlußfähige Gestalt bestätigt. Solange diese Bestätigung erfolgt, ist es für die Fortdauer der Wirklichkeit der Gesellschaft ohne jeden Belang, ob weitere Effekte eintreten“[926], die zu vermeiden jedoch die Schlüsselaufgabe der positiven Generalprävention darstellt, und sie in ihrem Inhalt als „Einübung in Rechtstreue“ entfaltet sich nicht irgendwo in einem isolierten von der „Bestätigung“ der Maßgeblichkeit „des materiell Normgemäßen“ Bereich, sondern verkörpert den „Ausschluß des Anschlusses“ an den Normbruch (was heißt, die Wirklichkeit der Gesellschaft bleibt an die Prävention gebunden, scil. mit den daraus resultierenden o. e. Konsequenzen). Wie wir gesehen haben: die Gesellschaft konstituiert hier die Personen mittels *Normen*, über die sie ihrerseits selbst konstituiert wird. Sollte es dabei auf die Norm, also was insoweit die Konstitution von Person anbelangt, nicht als „institutionalisierte Erwartung“[927] ankommen, sondern bliebe es bei der Norm als Imperativ[928], der „lenkt“ und „steuert“, wäre im *Jakobs*schen Begriff der Person genuin sozial gar kein Gewinn erkennbar. Der deutliche Durchbruch auf der Ebene der Norm wird aber auf derjenigen der Strafe in keinem Maße fortgeführt, sondern er wird dort gerade umgekehrt: Die

[925] Ibid., S. 82 ff, 99 ff; *ders.*, Individuum und Person, a. a. O., S. 259 und passim.

[926] *Jakobs*, Norm, 1. Aufl., S. 106 f; zur Ausschließung absoluter Straftheorien ibid., S. 107.

[927] *Jakobs*, Tun und Unterlassen, S. 20.

[928] Ibid.; *ders.*, Norm, 1. Aufl., S. 83.

Theorie der positiven Generalprävention besagt nur noch, daß es in einer genuin sozial gestalteten Gesellschaft um keine „Lenkung über Angst vor Strafe“[929] gehen kann, gibt aber nicht das Lenkungsmoment selbst auf (u. a. etwa als einen gemeinsamen Nenner von „Strafdrohung und Strafe“, der der „Schwachheit der Norm“ aufzuhelfen habe[930]), sondern stellt es lediglich in einer weiteren Modalität auf, scil. im o. e. Sinne oder exakter: i. S. des „Zur-Gewohnheit-Werdens normkonformen Verhaltens“[931].

Die im Zusammenhang mit dem Normbegriff gewonnenen – abgesehen vom Lenkungsmoment der beiläufig mitgedachten „Strafdrohung“ – Erkenntnisse geraten insofern im Falle jedes Normbruchs, auf den die Strafe folgt, durcheinander, und zwar unnachholbar eben im Hinblick auf die „weiteren Effekte“, denn es geht bereits um „Personen“, die immer wieder in die Richtung „Normtreue“ mehr oder weniger effektiv durch die positive Generalprävention gelenkt werden. In diesem Kontext treten also eher „verwirrte Individuen“ als „kompetente Personen“ zutage, resp. er wiedergibt keine genuin soziale Wirklichkeit, sondern neigt im Grunde zu einer instrumentell gesättigten „Sozialität“. Der gesellschaftstheoretische Kern der *Jakobs*schen Theorie der Person erweist sich hiernach als überwiegend abstrakt, der sich erst unter jenem Aspekt als genuin sozial auswerten läßt, unter welchem die Strafe noch nichts zur Sozialität beizutragen hat. Eine möglichst konsequent entfaltete genuin soziale Sichtweise hat dementgegen nachzuweisen, daß die Personen von der Gesellschaft *weder durch Norm noch durch Strafe* gelenkt werden. *Es kommt demnach niemals nur auf die Norm, sondern gleichermaßen auf die Strafe als institutionalisierte Erwartung an*. Von Personen einer genuin sozial konstruierten Gesellschaft wird die Strafe in dem Maße erwartet, und zwar immer schon von vornherein, also mit Einbeziehung des Delinquenten selbst, in dem der Normbruch für sie inakzeptabel ist. Die Strafe als Erwartung, nicht anders als die Norm, wird hierbei nur als interaktionistisch relevante Erwartung institutionalisiert, und auf der Ebene der Interaktion besagt ein formaler Widerspruch gegen den Normwiderspruch noch bei weitem nichts. – Jeder Widerspruch jenseits der Strafe als Schuldausgleich ist eben schier formal, für dessen „Bekräftigung“ sich die Gesellschaft nur falsche Arbeit auferlegen kann.

Auf der letzteren Ebene kommt man zwangsläufig nur noch zu einer Instrumentalisierung von Personen, die, wie jede andere Instrumentalisierung[932], eine genuin sozial überflüssige bzw. gesellschaftsfremde Instrumentalisierung ist, weil die Gefahr des Anschlusses erst dort entsteht, wo die Gesellschaft versagt, nicht aber wo der einzelne versagt hat. Interaktionspartner, die Gesellschaft zunächst einmal überhaupt nur deshalb eingehen, daß die Normgeltung vorausgesetzt wird und aus diesem Grund gegen eine Desavouierung der Norm nur protestieren können, braucht die Gesellschaft für „die Fortdauer ihrer Wirklichkeit“ nach keinem Normbruch zu belehren, daß nicht der Normbruch, sondern die

[929] *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 25.
[930] Ibid., S. 24 f.
[931] Ibid., S. 25.
[932] S. aber ibid., S. 29 f.

Norm richtig sei[933]; sie setzt sich vielmehr unter einem genuin sozial aktuellen Aspekt fort, indem die auf die Pflichtverletzungen bezogenen Pflichten erwartungsgemäß aktiviert, also den Fehler durch Schuldausgleich mehr als nur äußerlich behebt.

Der Inhalt des „Sinnausdrucks", was insoweit die Haltung des Täters zur Norm anbelangt, kann nun nicht anhand der *Jakobs*schen Reduzierung der o. e. Auffassung *Hegels* als erschöpfend präzisiert gelten; vielmehr überwiegen auch unter dem gegebenen Aspekt zwischen der „Aufstellung eines Gesetzes" durch das Verbrechen und der „Nichtanerkennung der Normgeltung" i. S. der normativen Handlungslehre eben die Gemeinsamkeiten. Die Normlosigkeit als „Norm" im ersteren und die „bescheidenere", doch um so „ehrlichere" Aufforderung zum Naturzustand im letzteren Falle läßt sich dabei kaum etwa an einem Diebstahl als Verzicht auf den Eigentumsschutz oder an einer fahrlässigen Tötung als derjenige auf den Lebensschutz[934] etc. ablesen. Sieht man jedoch davon nicht ab, so erscheint der „Weltentwurf" des Delinquenten aus der Perspektive des hier aktuellen normativen Handlungsbegriffs gerade „denkunmöglich"[935]. Die im Lichte der Normgeltung per se interessierende Botschaft des Straftäters fällt aber i. d. R. viel „pragmatischer" aus, indem sie sich insoweit – freilich nur insoweit, der Rest jedoch bleibt vorinteraktionistisch ohnehin unsichtbar – in der Objektivierung dessen erschöpft, daß die Geltung der betreffenden Norm *für den Agierenden* in Grenzen *dieser konkreten Aktion* nichts besagt. Der gegebene „Pragmatismus" allerdings schwindet (diesmal also niemals bis hin zu einem „denkunmöglichen Weltentwurf"), wo die nicht normkonformen „Behauptungen" des Delinquenten nicht isoliert-einseitig, sondern interaktionistisch zu erfassen sind, denn die interaktive Aktion schließt die Erwartung der „Folgenverantwortung" mit ein.

Was hier einer instrumentalisierenden Erhaltung der Normgeltung[936] entgegenwirkt, ist die Normgeltung im Rahmen der allgemeinen, den Delinquenten mit einbeziehenden Kontinuität der institutionellen Kompetenz. Bleibt es also im Rahmen der strafrechtstheoretischen Überlegungen, was den o. e. genuin sozialen Zusammenhang zwischen Norm und Strafe angeht, bei der Revision der Norm als Imperativ, so ist es nur ein halber Blick auf das Wesentliche, denn die Strafe als Prävention ist in jeder ihrer Ausprägung nur die andere Seite der Medaille. Eine komplett entfaltete genuin soziale Sichtweise setzt im Strafrecht, mit anderen Worten, voraus, daß *weder die Norm als Imperativ noch die Strafe als Prävention* zu einer Leitidee entwickelt bleiben.

Käme es mithin nach *Jakobs* beim „Bedeutungsaspekt" der Strafe darauf an, den „Widerspruch gegen den Normwiderspruch" im Lichte einer Differenzierung zwischen der tadelnden Zurechnung *als reaktionsähnliches Provisorium* und der Strafe als (interaktionistische) Reaktion zu erfassen, resp. im Kernbereich, wo keine denaturierenden Um-

[933] *Jakobs*, Strafrecht AT, 1/10.

[934] Vgl. freilich *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a. a. O., S. 91.

[935] Ibid.

[936] *Jakobs*, Strafrecht AT, 17/22.

kehrungen des *straf*rechtlich Relevanten vonnöten sind, bliebe vom erwähnten „Strafzweck“ nicht viel übrig. Dies seinerseits zeigt, daß die „Strafbedeutung“ im *Jakobs*schen Sinne zwar formale Parallelen vor allem zum Strafbegriff *Hegels*[937] als „Negation der Negation“ aufweist, im wesentlichen hingegen an der präventiv orientierten Straftheorie festgehalten wird[938].

Die Strafe hat wiederum, bei näherem Hinschauen, „nicht einen Zweck, sondern ist selbst Zweckerreichung, scil. Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft“[939], aber gerade deshalb nur dann und nur darin als spezifisch strafrechtliches soziales Phänomen erkennbar, wenn und wo sie die Schuld ausgleicht[940]. Die Gesellschaft, in der kein Schuldausgleich gelingen kann, ist gar keine funktionierende oder allenfalls eine einstweilen funktionsunfähig gewordene Gesellschaft; diejenige jedoch, in der dies zwar gelingen kann, die sich aber in ihrer Wirklichkeit durch bloße Distanzierungen vom Normbruch zurechtfinden will, begreift sich nun einmal als keine genuin soziale Konstruktion, denn *sie verzichtet auf die Interaktion im Bereich des strafrechtlich Relevanten*. Der Prüfstein für die Wirklichkeit der Gesellschaft kristallisiert also darin, ob und wie sie den sozialen Konflikt löst, nicht in einer scheinbaren Permanenz des Präventiven[941]. Was sich hier kontinuierlich fortsetzt, ist ein bloßer Entwurf der Gesellschaft, nicht jedoch die Gesellschaft selbst.

Eine adäquate Lösung des Problems kann demnach überhaupt nicht im Rahmen eines präventiv orientierten Funktionalismus möglich sein, was in der modernen Dogmatik

---

[937] *Hegel,* Grundlinien, § 97.

[938] Hauptsächlich bleibt es also bei der folgenden Gegenüberstellung: „Bei ihm heißt es, die ‚Verletzung des Rechts als Recht‘ sei ‚in sich nichtig‘, hier, für die wirkliche Gesellschaft sei der Normbruch unmaßgeblich. Dort heißt es weiter, die Nichtigkeit zeige sich in der Vernichtung der Rechtsverletzung, hier, die Unmaßgeblichkeit sei am Ausschluß der Gemeinsamkeit mit dem Normbrecher abzulesen“ (*Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 108; näher zur „Beseitigung des Verbrechens“ *ders.,* Strafrecht AT, 1/21; vgl. *Roxin,* Grundlagenprobleme, S. 18; dabei schon nach *Kant,* Werke in zwölf Bänden, Bd. VIII, Metaphysik der Sitten. Rechtslehre, 1956, S. 487, „Strafe ist ‚Mittel, das Verbrechen (als Verletzung der Staatssicherheit im Besitz des Seinen eines jeden) zu entfernen“; näher zum *Kantischen* Begriff *Roxin,* Wandlungen der Strafzwecklehre, in: FS Müller-Dietz, S. 701). Die Ebene einer genuin sozialen Betrachtungsweise liegt wiederum auch in dieser Hinsicht erst in der Mitte, scil. bei der „Vernichtung“ der Schuld als Voraussetzung für die Konti- nuität der „Wirklichkeit der Gesellschaft“: In einer Gesellschaft, für deren Wirklichkeit die „Unmaßgeb- lichkeit des Normbruchs“ bloß „im Ausschluß der Gemeinsamkeit mit dem Normbrecher“ bestätigt werden soll, gibt es keinen Platz für Konflikte (in der Form der Normbrüche), und *der soziale Konflikt* ist insoweit contradictio in adjecto; ebensowenig kann es aber auf der anderen Seite auf die „Wiederherstellung des Rechts“ (*Hegel,* Rechtsphilosophie, § 99) durch „Vernichtung der Rechtsverletzung“ ankommen, sondern auf die Kontinuität der Rechtsbeziehung, die darin genuin sozial schon von vornherein kodiert wird.

[939] *Jakobs,* Norm, 1. Aufl., S. 106.

[940] Vor allem läßt sich aber deshalb der *Schünemann*schen Kritik am o. a. Grundsatz *Jakobs’* (*Schünemann,* Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: FS Roxin, S. 16 f) insofern kaum zustimmen.

[941] S. aber *Roxin,* Grundlagenprobleme, S. 17 f, wo es die „Permanenz“ des (General-)Präventiven schon aus der *Hegel*schen Konzeption zu erschließen versucht wird.

am deutlichsten in der Konzeption *Lesch*s indiziert[942] wird: „Die präventiven Straftheorien sind mit dem Tatschuldprinzip nicht kompatibel. Und entgegen der heute vorherrschenden Sicht ist es überhaupt zu bestreiten, daß sich auf der Grundlage präventiver Strafzwecke ein funktionales Straftatsystem errichten läßt, weil ein wechselseitiger funktionaler Zusammenhang zwischen Tatschuld und präventiver Strafe eben nicht existiert. Nach dem geltenden Konzept des Tatschuldprinzips ist die Strafe eine retrospektive *Reaktion*, eine *Antwort* auf eine tatbestandlich umrissene, *geschehene* Tat. Was diese *geschehene* Tat angeht, ist es aber, wenn die Strafe in Aktion tritt, für jede Art von Prävention, scil. für jede *Vorbeugung* und *Verhütung* immer schon zu spät. Angesichts der damit konstatierten ‚Macht-' und ‚Sprachlosigkeit' der präventiven ‚Strafe' in bezug auf die *geschehene* Tat lassen sich die Momente *dieser* Tat auch nicht durch präventive Gesichtspunkte definieren"[943]. Sicherlich läßt es sich hierbei ebensowenig darüber hinwegsehen, daß der *Jakobs*sche Handlungs- und Strafbegriff unter jenem Aspekt, wo es sich einerseits um einen metainstrumentellen Bezugsrahmen des Handlungsbegriffs, andererseits um eine „Erwartenssicherheit bei sozialen Kontakten" gewährleistende Aufgabe der Strafe[944] handeln soll, auf das theoretisch Unentbehrliche hinweisen. Nicht zuletzt die Reduzierung des Blickpunkts auf die *Normgeltung an sich* in ersterer und das *präventiv zu stabilisierende* System in letzterer Hinsicht bilden wiederum eben das o. e. in sich geschlossene Moment, das die Wirklichkeit der Gesellschaft von einem genuin sozialen Standpunkt aus noch nicht genug konzeptibel erscheinen läßt.

Hervorzuheben ist hiernach zusammenfassend, daß die negative Handlungslehre den ordnungstechnischen Handlungsbegriff als solchen zwar überwindet, aber den dezisiv spezifizierenden Schritt selbst weist eben nicht auf: Der Handlungsbegriff, der „eine möglichst komplette Theorie" strafrechtlich relevanten Verhaltens umfassen resp. den Blick auf „das gesamte Programm des Strafrechts" richten kann, ist ein *funktionaler* Handlungsbegriff, der nicht auf der Ebene des „Sinnanschlusses" gesucht werden soll,

[942] Nur noch indiziert, denn der interaktionistische Schuldausgleich kann anhand einer nackten Retrospektivität ebenso wenig erreichbar sein, wie im Falle schier prospektiver Konzepte. Im Grunde genommen geht es in der modernen Dogmatik um eine weitere Einseitigkeit insofern u. a. bei *Pawlik*, Strafe oder Gefahrenbekämpfung?, a. a. O., S. 283, indem die Strafe als „Inanspruchnahme des Täters zur Wiederherstellung des von ihm verletzten Rechtsverhältnisses" erfaßt wird. Bei der „Wiederherstellung", also, wie erwähnt, schon nach *Hegel* hervorgehobenem Signum, geht es nicht um das Prospektive, wie dies bei *Pawlik* gemeint wird, oder aber ebensowenig um das Retrospektive, scil. i. S. *Hegels* selbst, sondern um das „Hier und Jetzt". Nur ergibt isoliert auch die gegebene Dimension keine gesellschaftstheoretisch interessierende Umwandlung. Die Gegenwart per se ist es nicht, die Verbrechen und Strafe trennt oder verbindet, vielmehr sind sowohl die Aktion als auch die Reaktion eben nur als *multidimensionales* Ereignis genuin sozial maßgeblich. Das Gegenwärtige, erfaßt im Lichte der Kontinuität und etwa als für sich Subsistierendes, ist niemals dasselbe. Kaum inzident daher, so man den Blick auf die strafrechtliche Beziehung wechselt, daß das erwähnte, aus letzterer Hinsicht resultierende Moment, ähnlich den aus dem isoliert prospektiven und dem isoliert retrospektiven Aspekt resultierenden Momenten, eine Diskontinuität der strafrechtlichen Beziehung suggeriert, was heißt, *deren* Gegenwart im Hinblick auf die geschehene Tat rutscht auch insofern hinweg resp. harrt einer Lösung um so deutlicher.

[943] *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 170 f.

[944] *Jakobs*, Strafrecht AT, 1/18.

sondern sich in seinem Wesen nur als Derivat einer Interaktion begreifen läßt. Warum die Gesellschaft auch im Falle des Normbruchs funktioniert oder der Delinquent daraus nicht „expediert" werden kann, resp. was die strafrechtliche Beziehung nach und mehr noch: wegen der Delinquierung fortsetzt oder wieso es überhaupt um *straf*rechtliche Beziehung geht und weiteres mehr, – das sind Probleme, die nicht anhand eines einseitig-„kommunikativen" „Sinnausdrucks", also nicht anhand der Soziologismen lösbar sind. Weil es wiederum kein Strafrecht außerhalb der Gesellschaft gibt, gibt es auch keinen genuin strafrechtlichen Gesichtspunkt außerhalb des genuin Sozialen, was heißt, die strafrechtliche Theorie läßt sich nun einmal nicht gesellschaftsfremd entfalten. Soweit es jedoch um Substituierung naturalistischer durch *soziologisierende* Betrachtungsweise geht, bleibt das Entscheidende marginalisiert: „Die Rechtsidee als gestaltende Kraft"[945].

[945] *Schünemann,* Grund und Grenzen, S. 17.

ZWEITER TEIL

DER INTERPERSONALE HANDLUNGSBEGRIFF FUNKTIONALE HANDLUNGSLEHRE

I. INTERPERSONALITÄT

1. HANDLUNG ALS PROGRESSION DER INTERPERSONALITÄT

So wie es niemals isoliert genommene Rechte noch Pflichten gibt, sondern nur im Lichte deren Interdependenz, so gibt es keine durch gegebene Rechte und Pflichten konstituierte rechtliche Personalität per se, sondern jedes subjektive Recht bzw. jede normativ mögliche Pflicht konstruiert Interpersonalität. Worauf der genuin rechtliche Blickpunkt insofern hinausläuft, ist folgendes: *Es gibt keine Personalität jenseits des Interpersonalen*. Der Adressat von Rechten bzw. Pflichten ist Subjekt der Rechtsbeziehung, und seine Handlung stellt aus dieser Perspektive zunächst einmal *ein ausschließlich interpersonales Geschehen* dar.

Wiederum handelt es sich bei einem genuin rechtlichen Ansatz nur um das funktional interessierende Gesamtbild, i. e. die Generalisierung erfolgt nicht auf Kosten eines (zumindest teilweise) negativierten Interpersonalitätsbegriffs: Der Handelnde hält sich in Grenzen der Interpersonalität nicht nur dort, wo sein Verhalten normgemäß ausfällt, vielmehr liegt ebendies auch im Falle der normativen Enttäuschung vor. So versetzt sich der Delinquent durch die verwirklichte Straftat keineswegs aus der strafrechtlichen Beziehung, sondern setzt sie gerade fort, indem er für den Normbruch zu verantworten hat. Daher bleibt es nicht bei schieren „Objektivationen", „Ausdrücken" oder „Äußerungen" des Interpersonalen, sondern *Handlung ist in einem genuin rechtlichen Sinne Progression der Interpersonalität*. Da es um Rechtsbeziehung generell als Interaktion geht, liegt die Entwicklung vor, sei es im Falle des Betrugs oder des Mordes. Die Interpersonalität erweist sich als komplexer *Vorgang* und wird durch Handlung nicht bloß rudimentär dargestellt, sondern in ihrer Kontinuität spezifisch generiert resp. laufend aktualisiert.

2. INFINITÄT DER STRAFRECHTLICHEN BEZIEHUNG

Durch das Verbrechen wird die strafrechtliche Beziehung *weder ausgelöst noch beendet*. Sie fängt mit dem Adressieren der Pflichten an Individuen, die sie als Subjekte der Beziehung konstituieren und setzt sich auch im Falle des Delikts durch Strafe ununterbrochen fort. Das Strafprozeß- und Strafvollstreckungsrecht füllen keine Lücken zwischen den Teilbereichen des materiellen Strafrechts, die vor der geschehenen Tat und nach der vollstreckten Strafe bewiesen werden können. Anders gewendet, Strafverhängung und Strafvollstreckung trennen nicht die materiellrechtliche Beziehung, son-

dern werden davon umfaßt: Es kommt auf die lückenlos zusammenhängende strafrechtliche Beziehung in ihrer Komplexität an.

Das Verbrechen ergibt wiederum, was den letztgenannten Zusammenhang anbelangt, nicht nur spezifische Pflichten, was heißt, andererseits führt es niemals nur zu einem meistens erheblich reduzierten Ausmaß von Interaktionsmöglichkeiten, vielmehr begründet es gleichermaßen die spezifischen Rechte, und dies vor allem auch insoweit im Bereich des materiellen Strafrechts selbst, u. a. schon am Beispiel der Grundsätze der Strafzumessung nach § 46 StGB. Der Verbrechensbegriff läßt sich, mit anderen Worten, als Bestandteil einer Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung in beiden grundlegenden Hinsichten begreifen. Aus der Perspektive einer genuin rechtlichen Betrachtungsweise könnte man das kaum als kontingent hinstellen: Delikte setzen Rechtsordnung voraus, und der Delinquent kann auch wegen des verwirklichten Verhaltens weder naturzuständlich pflichtfrei noch naturzuständlich rechtlos gedacht werden. Ebensowenig muß die etwas subtilere Ausprägung der gleichen Parallelisierung verwundern, indem der sich fehlerhaft Verhaltende nicht nur über die intersubjektiv kodierte Pflicht verfügt, strafrechtlich zu verantworten, sondern über dasselbe Recht verfügen kann (insoweit freilich nicht: muß). So tritt dies auf der Ebene der Strafbefreiung deutlich zutage: Das, was e. c. unter dem Recht jedes Begnadigten, auf die Gnade zu verzichten, lagert, ließe sich eben nicht anders deuten.

3. DER INTERPERSONALE HANDLUNGSBEGRIFF ALS FUNKTIONALER HANDLUNGSBEGRIFF

Schaut man genauer hin, so erhellt auch das Eigentliche, nämlich daß die Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung eben in der Rechtsbeziehung als Interaktion wurzelt. Man handelt interpersonal in seiner Eigenschaft als Interaktionssubjekt sowohl vor wie auch während und nach dem interessierenden Verhalten. Vor allem findet die Interaktion nicht außerhalb jenes Zusammenhanges statt, wo von der Aktion die Reaktion ausgelöst wird. Nur fängt der maßgebliche Unterschied nicht bei der Auslösung der Reaktion an, sondern man hat es mit einer viel tieferen Differenz zu tun. Vom Subjekt muß erwartet werden, daß er im Falle der Enttäuschung der normativen Erwartung die strafrechtliche Reaktion erwartet. Ignorierung *dieser* Erwartungserwartung und nicht nur die Desavouierung der Norm führt zur Bedeutsamkeit der Auslösung der Reaktion für den Handlungsbegriff: Die Ebene einer *genuin funktionalen* Konzeption.

Hier kommt es nicht auf die Ein- oder Ausschließung philosophischer Ansätze an – jede Wissenschaft ist Philosophie, – sondern bedeutet *die Ignorierung der Strafbarkeit* für den Handlungsbegriff nichts, so ist die Verbindung zwischen dem Normbruch und der Strafe immer nur rein äußerlich, rein utilitär, scil. der Strafzweck als kein genuin funktionaler Maßstab möglich[946]. Die Strafbarkeit bildet demnach ein interaktionistisches Ori-

[946] Hierzu konträre Richtung: *Zoll,* Rechtsnorm und Strafvorschrift, in: FS C. Roxin, S. 94 f; s. auch *Stratenwerth,* Strafrecht AT I, 4. Aufl., S. 4 ff.

entierungsmuster, das die Norm inkorporiert. Die Strafbarkeitsbeachtung ist die Modalität, durch welche die Normbefolgung im Strafrecht erfolgt. Verboten kann ein und dasselbe Verhalten durch mehrere Normensysteme sein, erst an dessen Strafbarkeit wird es erkennbar, daß man sich im Bereich des strafrechtlich Relevanten befindet. Strafrechtlich verboten oder geboten heißt eben strafbar. Die Interferenz von Erwartung und Erwartungserwartung ist ihrerseits eine unabdingbare Voraussetzung für die Interaktion. Ohne Blick darauf bliebe der Raum nur noch für quasirechtliche Instrumentalisierungen: So erwiese sich e. c. die Unvermeidbarkeit der Normunkenntnis als Zurechnungshindernis bloß als metarechtliches Abstraktum, und die an sich drohende poena forensis beim virtuellen Unrechtsbewußtsein wäre genuin rechtlich ebensowenig etwas besagend wie schon die eventuelle poena naturalis bei beiden Irrtumsfällen.

Interpersonalität ist der Bezugsrahmen, wo sich das spezifisch Strafrechtliche entfaltet. Wer jedoch vor der Spezifizierung selbst zurückscheut, bleibt ante portas. Delikt ist Artefakt weder des Individuums noch der Person (wäre dem anders, so könnte jedes Individuum bzw. jede Person delinquieren), sondern dasjenige des Subjekts der strafrechtlichen Beziehung. Erst in dieser Hinsicht kann die Rede von einer diskursiven und vollen Auswertung der interaktionistischen Maßstäbe im Strafrecht sein. Und die Ergebnisse sind greifbar nah. Was auf den Normwiderspruch folgt, erklärt der Normwiderspruch spezifisch strafrechtlich niemals, im Unterschied zur Ignorierung der Strafbarkeit, die das Delikt in den kontinuierlichen Verlauf der strafrechtlichen Beziehung einbettet. In der Strafbarkeit liegt insofern der gemeinsame Nenner für die Interaktion und Kontinuität. Demzufolge gibt es wiederum strafrechtliche Beziehung in handlungsbegrifflich relevanter Hinsicht aus der Sicht weder der materiellrechtlichen Beziehung vor der Verwirklichung der Tat, die durch Handlung beendet werden könnte, noch der prozessualrechtlichen nach der bereits verwirklichten Tat, die durch Handlung iniziierbar wäre, sondern *als allgemeine Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung*. Als erstes bildet hierbei Verbrechen *Mißbrauch rechtlichen Vertrauens, der das rechtliche Vertrauen nicht erschöpft*. Ansonsten könnte die Antwort auf die Tat nicht den Täter im *Hegel*schen Sinne respektierende Strafe lauten, sondern nackte Prävention.

4. DIE STRAFRECHTLICHE HANDLUNGSQUALITÄT

Der interpersonale Handlungsbegriff ist *ein bis zur Strafe erstreckter Handlungsbegriff*[947]. Denn löst die Aktion keine Reaktion aus, so hat keine Interaktion stattgefunden. Der Verbrechensbegriff erreicht sonach seinen interaktionistischen Höhepunkt nicht eher als das in Rede stehende Verhalten den regulativen Anspruch des Staates auf die Strafe auslöst, resp. wo das Strafrecht nicht funktionslos der interessierenden Aktion gegenübersteht. Der springende Punkt liegt demgemäß in einer Extensivierung der strafrechtlichen Beziehung, i. e. die Ignorierung der Strafbarkeit samt der inkorporierten Norm ist an

[947] Nicht bloß bis zur vorinteraktionistisch erfaßten Schuld, wie dies nach *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 44 der Fall ist, weil das Strafrecht nicht auf jede Schuld reagiert.

sich handlungsbegrifflich noch keineswegs entscheidend, sondern nur in bezug auf das, was sie in der Beziehung bewirkt. Dies heißt wiederum soviel: Die Konkretisierung der Strafbarkeit ist in jeder Hinsicht und in jedem Maße nichts Vorinteraktionistisches, da es im Handlungsbegriff auf die Ignorierung der Strafbarkeit ankommt, die definitionsgemäß besagt, daß keine Ignorierungen sui generis ausschlaggebend sein können, sondern es sich um einen Interaktionsvorgang handelt.

Handlung ist im Strafrecht das, worauf strafrechtlich reagiert werden muß, worauf sich das *Straf*recht bezieht, nicht wovon es sich distanziert resp. distanziert werden soll. Liegt die entsprechende Aktivität vor, ohne daß es zur Interaktion kommt, so ist ein solches Verhalten keine Handlung im erschöpfenden Sinne, und es liegt in seiner Gesamtheit außerhalb der strafrechtlichen Beziehung. Da es keine strafrechtliche Handlung in ihrer Gesamtheit außerhalb der strafrechtlichen Beziehung geben und die aktuelle Beziehung nicht gerade dort nachweisbar sein kann, wo auf die Strafe verzichtet wurde, bildet das Verbrechen in ihrer Funktionalität keine virtuelle interaktionistische Ursache im Kreislauf der strafrechtlichen Beziehung, sondern eine Ursache, die wirkt resp. das Recht auf die strafrechtliche Reaktion erzeugt. Wo das nicht der Fall ist, schließt sich in bezug auf das betreffende Verhalten die strafrechtliche Beziehung aus. Nicht das Verbrechen liegt wesensmäßig außerhalb der strafrechtlichen Beziehung, sondern nur die Aktion, die die komplette funktional relevante Qualität der Handlung nicht erreicht. Jenseits dieses Verständnisses, etwa i. S. einer funktionalen Metastabilität gibt es wiederum weder Schuld noch Unrecht als konstitutives Merkmal des Begriffs. So mag die Indemnität des Abgeordneten nach Art. 46 Abs. 1 GG / § 36 StGB äußerlich sowohl unter Unrechts- wie unter Schuldgesichtspunkten neutral bleiben[948], sie läßt aber kein von beiden Merkmalen im Rahmen des heterarchischen Verbrechenssystems unberührt[949].

Mit anderen Worten, zum Handlungsbegriff gehört die Entwicklung der Beziehung, und delinquiert wird demgemäß ausschließlich im Rahmen der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung. Ist hingegen keine strafrechtlich zu lösende Problemstellung möglich resp. die Strafe überflüssig, trägt die in Rede stehende Tat nichts zur Kontinuität der Beziehung bei, sie fordert die Autopoiese des Systems in keinem Maße heraus, was soviel heißt, daß sich das Strafrecht vom gegebenen Verhalten gerade distanziert. Und die Frage, ob auf die geschehene Tat strafrechtlich reagiert werden soll, läßt sich interaktionistisch nicht außerhalb des Verbrechensbegriffs klären. Die weitere Frage, die sich aus der daraus resultierenden Kohärenz zwischen dem Verbrechens- und dem Strafbegriff aufdrängen mag, was nun im interaktionistischen Strafrechtsprogramm das schuldhafte Verhalten sei, in bezug auf welches infolge eines Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrundes die Reaktion ausbleibt, ist im Grunde rhetorisch: Das schuldhafte Verhalten, das zu keiner Strafe geführt hat, ist (nur) als Ausnahme Handlung bzw. Verbrechen, und zwar deshalb, weil es i. d. R. die Strafe auslöst.

---

948 *Bloy,* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, S. 73.

949 S. *L.-G. Kutalia,* Das heterarchische Verbrechenssystem, S. 3 f.

5. INTERPERSONALE STRAFTHEORIE

5. 1. KONTINUITÄTSMERKMAL STRAFE

Die herrschende formalfunktionale Sichtweise, wie auch immer der Strafbegriff dabei konzipiert wird, als Schuldausgleich oder als Notwehrmechanismus in Form von „zweckrationalem Sicherungszwangsmittel“[950], bietet keinen qualitativen Unterschied zwischen einer inkompletten Handlung beliebigen Umfangs und dem bereits komplett konstituierten Handlungsbegriff. Die Umwandlung von klassifikatorisch-kategorialen Verbrechensmodellen der traditonellen Dogmatik zum formalfunktionalen Konstrukt in den Konzeptionen der letzten Jahrzehnte weist, mit anderen Worten, noch keine entscheidende Produktivität auf. Sie schreibt die bloße Grammatik der interessierenden Problematik um, vermittelt aber nicht das Essentielle, das den Begriff ausmachen soll. Doch hält man am hiesigen Ansatz fest, daß das Verbrechen als strafrechtliche Handlung weder Initiierung der Interpersonalität noch Ausbruch aus derjenigen sein kann, liegt auch die folgende Erkenntnis nahe: Der funktionale Handlungsbegriff setzt *die Strafe als Kontinuitätsmerkmal der strafrechtlichen Beziehung in ihrer Allgemeinheit* voraus.

Kommt es zur handlungsbegrifflich relevanten Thematisierung der Strafbarkeit erst nach dem Normbruch, hat man es allenfalls mit einem abstrakten Leitprogramm zu tun. Die Annahme, es beim funktionalen Strafrechtssystem darauf ankomme, „Straftaten abzuwarten“[951], ist nun einmal wirklichkeitsfremd. Findet vor der Verwirklichung der Tat keine strafrechtliche Beziehung statt, also ist der Täter vor der Verübung des Verbrechens kein Subjekt der strafrechtlichen Beziehung? Nur das Gegenteil ist der Fall, was sich kaum als inzident hinstellen läßt: Nicht die Bestrafung für die künftige Tat, sondern die Vermeidung der künftigen Tat läßt das Strafrecht entstehen[952]. Diese fundamentale Aufgabe des Strafrechts bleibt für den negativen Gesichtspunkt unsichtbar[953]. Man delinquiert im Einzelfall. Entfernt man jedoch das Strafrecht, wird es evident, daß die Zahl von jenen, die die strafrechtliche Sanktion respektieren, wesentlich größer ist als von jenen, die die Norm respektieren[954]. *Ex ante* ist die Vermeidung alles, und sie ist im allgemeinen wirksam, versagt nur in Ausnahmefällen; ex post geht der präventive Aspekt im Strafbegriff keineswegs unter, aber in den Mittelpunkt rückt der Schuldausgleich.

---

[950] *Köhler*, Strafrecht AT, 1997, S. 42.

[951] *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 276.

[952] Vgl. *L.-G. Kutalia*, Die Schuld im Strafrecht, S. 218.

[953] Im Gegensatz zur Retrospektivität ist die Prospektivität nicht univalent. Solange es um Prävention geht, kann der maßgebliche Akzent sowohl vor der geschehenen Tat (auf der Ebene der Strafdrohung, wie dies am Beispiel der *Feuerbach*schen Auffassung der Fall ist) als auch nach der Delinquierung (auf der Ebene der Strafe selbst, scil. i. S. insoweit auf den Strafbegriff *Liszts* zurückgehender *Roxin-Jakobs*scher Konzeption, die ihrerseits wegen unterschiedlicher Akzentuierung der spezial- und generalpräventiven Aspekte gespalten bleibt) liegen.

[954] A. A. *Díez Ripollés*, Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe, in: ZStW 113 (2001), S. 522.

Das lauernde Strafrecht ist zumindest kein funktionales Strafrecht, und bei den gerade erwähnten Intervallisierungen darf es ebensowenig bleiben. Es kommt in einem genuin funktionalen Strafrechtssystem weder auf eine isoliert prospektive noch auf eine isoliert retrospektive Sichtweise an; es geht vielmehr um *das Kontinuitätsprogramm*, das die strafrechtliche Beziehung in ihrer Komplexität aufzuzeigen hat[955]. Mit dem interpersonalen Strafbegriff ist dabei nicht nur die Todesstrafe, sondern u. a. das Institut der Vorbestrafung inkompatibel. Die Grundfunktion der interaktionistischen Strafe besteht eben darin, *das durch Verbrechen bedingtes Vertrauensdefizit auszuräumen*, indem sie die Kontinuität der Beziehung gewährleistet. Erschöpft die Strafe das Vertrauensdefizit nicht, so ist sie nicht funktionsgerecht konstruiert und läßt sich nur formal als Kontinuitätsmerkmal erfassen. Mit Ausnahme von Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB kann nur dasselbe für den Fall der mit der Strafe parallelen Anordnung der Maßregeln der Sicherung und Besserung gelten und weiteres mehr. Der interpersonale Strafbegriff ist mithin ein komplexer Begriff, der legislativ nicht wenig Mühe kosten mag, der aber die psychotronische Strafe des modernen Strafrechts abzulösen hat.

Hervorzuheben ist hierbei die georgische Strafgesetzgebung, scil. im Hinblick auf die Möglichkeit des Verurteilten zwischen der Verbüßung des Strafrestes und den gesellschaftlich nützlichen Arbeiten in Kirchen und Klostern zu wählen – Brilliantes Novum (2009). Zu einer entgegengesetzten Richtung gehört jedoch die Senkung des Alters der Strafmündigkeit von 14 auf 12 Jahre (2007). Die Statistik, die den georgischen Gesetzgeber zur letzteren Entscheidung bewogen hat, spricht vom Schaden, nicht von der Ursache, die woanders liegt. Diese Änderung ist bereits rückgängig gemacht worden. Schaut man in die Augen des Kindes, entdeckt man, daß die Natur des Menschen nicht böse, sondern gut ist.

5. 2. VERBRECHEN – EINZIGER GEGENSTAND DER STRAFE

Der hiesige Handlungsbegriff kann kein hermeneutisches Abbild des Systems sein. Denn der Sinn des Handlungsbegriffs liegt nicht im Ringen darum, wie und wo auch immer vorgegebene Verhaltensgestalten zu wiedergeben[956]. Erst dem Begriff der Handlung muß es autonom abzulesen sein, in welchen Formen das handlungsbegrifflich relevante Verhalten vorkommt. Erscheinungsformen des strafrechtlichen Handlungsbegriffs sind Erscheinungsformen des Delikts. Im Unterschied zur Teilnahme am Verbrechen, die Verbrechen ist – mit Ausnahme von Anstiftung, da sie mit dem Begriff der Zurechnungsfähigkeit kollidiert[957] –, *sind Versuch und Vorbereitung des Verbrechens per definitionem kein Verbrechen*. Delinquiert wer (allein, als Teilnehmer oder mittelbarer Täter) schuld-

[955] Scil. ohne daß dabei die Rede etwa vom „Siegeszug der Prävention" oder der „Vergeltung" (s. *Hassemer*, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, in: ZIS 7/2006, S. 269 f) die Rede sein kann.

[956] Treffend *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 13, 21 f.

[957] Näher *L.-G. Kutalia*, Die Schuld im Strafrecht, S. 162 ff; in demselben Zusammenhang kommt es gleichermaßen konkret auf die Willensfreiheit an.

haft den Schaden als Gegenstand der Strafe herbeiführt. Die Strafwürdigkeit wie die Strafbedürftigkeit einer in abstrakten Schaden jeglicher Art umwandelten Gefahr (inkl. jedes „Gefährdungsdelikts“) ist erklärtermaßen systemwidrig[958]. Sowohl der Versuchs- als auch Vorbereitungstäter hat nur vor dem Gott und Volk zu verantworten, nicht vor dem Staat. Sieht man genauer zu, wird es offensichtlich, daß die Strafbarkeit insofern ihren Ursprung in folgenden Momenten nimmt: Zum einen hielt das Strafrecht schon die Verfolgung nackter Gesinnung für legitim, zum anderen verfügte es über kein differenziertes Sanktionensystem, so daß es in ähnlichen Fällen für die Neutralisierung der Gefährlichkeit des Täters ohnehin auf die „Strafe“ rekurrieren mußte. Im modernen Strafrecht besagt hingegen schierer dolus so wenig, wie der schiere Erfolg, und was für die Bekämpfung der durch Versuch bzw. Vorbereitung des Verbrechens entstandene Gefahr in Frage kommt, ist nicht das Strafen, sondern Sicherung und Besserung: Nulla poena sine crimen.

[958] Die in diesen Fällen ab und zu auftretenden konkreten Schäden können nur in sich abgeschlossene Delikte abgeben.

II. DIE MATERIELLRECHTLICHE KONTINUITÄT

1. VOLLDELIKTISCHE ZURECHNUNG

1. 1. DIE STRAFBARE RECHTSUNTREUE

Kant: „Zurechnung (imputatio), in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die als-dann Tat (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird“[959], resp. „ein Urteil, daß jemand von etwas ‚Gutem oder Bösem‘ ist“[960]. Solange aber die Zurechnungssequenz vorinteraktionistisch erfaßt wird, reduziert sich die Aufgabe der Zurechnung auf die Konstatierung dessen, daß nur partiell die Voraussetzungen erfüllt worden sind, die zu einer Spezifität in der Beziehung führen, nach welcher die Entwicklung der Beziehung im Rahmen deren Kontinuität durch Strafe erforderlich wird. Über das Ganze solcher Erforderlichkeit besagt die herrschende Zurechnungslehre nichts, womit jedoch gegen die Leitidee der Ableitung der Funktion der Zurechnung vom Strafzweck durchaus nicht verstoßen wird. Die Frage lautet nur, ob die vom Strafzweck her in diesem Maße bestimmte Aufgabe der Zurechnung – indem das bereits komplett zugerechnete Verhalten noch nichts in der Beziehung erzeugt – theoretisch akzeptabel genug zu sein vermag, i. e. ob Verbrechen und Strafe zunächst einmal in dieser konkreten Hinsicht tatsächlich als kein Kontinuum in der strafrechtlichen Beziehung darzustellen sind, scil. jenseits jeglicher absoluten Straftheorie.

1. 2. QUALITATIVE GENERIERUNG DER PFLICHTENSTELLUNG

Wo die Strafe überflüssig und somit unzulässig ist, weicht das schuldhafte Verhalten vom Strafzweck ab, denn es stellt sich heraus, daß es nichts vorhanden ist, was durch Strafe ausgeglichen werden soll. Die rechtliche Bedeutung der Zurechnung bleibt zwar erhalten, die Strafe als Kontinuitätsmerkmal leistet aber zu dieser Bedeutung keinen Beitrag, und das wiederum heißt, daß die Zurechnung ihre rechtliche Wirkung hier ohne Blick auf den Strafzweck bzw. außerhalb der strafrechlichen Beziehung zu entfalten hat. Eine aus der strafrechtlichen Beziehung exkludierte, vom Gesichtspunkt des Strafzwecks nicht wirksam gewordene Aktion (e. c. negativierend insofern, beim Rücktritt vom Versuch § 24 StGB, der tätigen Reue § 310 StGB oder auch unmittelbar positivierend, u. a. beim Absehen von Strafe nach § 60 StGB) kann dem Strafrecht nicht diktieren, wo das

---

[959] *Kant,* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 227; vgl. *ders.,* Kritik der praktischen Vernunft, S. 57; zum Zurechnungssubjekt als Person *ders.,* Metaphysik, S. 329.

[960] *Matt,* Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht, 1994, S. 116 ff.

Wesen des Verbrechensbegriffs zu suchen sei. Als Delinquent ist demgemäß im erschöpfenden Sinne nur derjenige aktuell, *der in bezug auf sein Verhalten nicht außerhalb der strafrechtlichen Beziehung versetzt werden kann*, was weder während der Rechtfertigung der tatbestandsmäßigen Tat oder Exkulpierung hinsichtlich der Rechtswidrigkeit noch während der Straffreiheit bei einem schuldhaften Verhalten der Fall ist.

Ignorierung der Strafbarkeit als distinktiv strafrechtlicher Maßstab zeigt hierbei auf, daß die Norm in verbrechensbegrifflich relevanter Hinsicht keine von der Strafe unabhängige Funktion erfüllt. Enttäuschung der normativen Erwartung begründet dabei nur weitere normative Erwartung[961]: *Zugerechnet wird nicht i. S. der Pflichtverletzung, sondern in demjenigen der Generierung der Pflichtenstellung*. Wem jedoch diese Kontinuität des Pflichtenbezugs nicht beweisbar vorkommt, der müßte e. c. § 121 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Gewaltsamer Ausbruch; warum dann also „Ausbruch“?) als schieren Zufall hinstellen oder es, wieso schon harmloses Entweichen die Vollstreckung des Strafrestes nicht untangiert läßt, bei metastrafrechtlichen Explikationen bewenden lassen. Der Delinquent ist vielmehr Subjekt der strafrechtlichen Beziehung auch im Hinblick auf sein Delikt, denn wäre er es nicht, gäbe es vor allem keinen Anspruch auf die Strafe, was sich eben nur als Merkmal der Beziehung deuten läßt, und die Beziehung ist wiederum ohne entsprechende Subjekte nicht möglich. Überdies ist es nur die Strafe als Kontinuitätsmerkmal, die den Täter als Subjekt der strafrechtlichen Beziehung in bezug auf die geschehene Tat sichtbar macht: Er soll verantworten. Genuin funktionale Allgemeinheit der Zurechnung und Verbrechen als Beitrag zur allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung sind hiernach theoretisch inseparabel. Über den Verbrechensbegriff läßt sich mithin nicht bereits dadurch alles aussagen, daß das Subjekt von seinem Verhalten nur normativ nicht distanziert werden kann, sondern erst dadurch, daß es davon eben funktional nicht distanzierbar ist. *Vollendet ist die strafrechtliche Zurechnung dort, wo sie zum Ausdruck bringt: Die Wirklichkeit des Systems hängt von der Strafe ab.*

1. 3. ZURECHNUNGSLEHRE DER *HEGEL*SCHULE

Ginge es wiederum bei *Hegelianern* um einen genuin funktionalen Bezugsrahmen, wäre hier zur Zurechnungslehre der *Hegel*schule nichts hinzuzufügen, denn „Zurechnung ist das Urteil, daß die Tat eine Handlung sei; demnach ist die Zurechnung nicht etwas äußerlich neben die Handlung Hinzukommendes, sondern in ihr selbst enthalten; Zurechnung und Handlung decken sich; soweit demnach der Begriff der Handlung reicht, soweit reicht auch der Begriff der Zurechnung, und wo der Begriff der Handlung aufhört, da hört auch der Begriff der Zurechnung auf“[962]. Formal gesehen, paßt die gegebene Korrelation auch in ein genuin funktionales Strafrechtssystem hinein. Mehr noch: Sie

[961] Anders hinsichtlich „prinzipieller Gegner“ das „Feindstrafrecht“, das entpersonalisieren will, ohne entpflichten zu können.

[962] *Abegg,* System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen, 1826, S. XXXVI.

kann hier auch gar nicht anders aussehen. Auf diese äußerliche Kongruenz kommt es aber nicht an, sondern auf einen strafrechtlich aktuellen Inhalt wie Umfang der interessierenden Begriffe im Rahmen der o. a. Korrelation: Der Zurechnungs- und somit der Handlungsbegriff muß *bis zur Strafe „reichen"*, resp. nicht dort „aufhören", wo noch kein Recht auf Strafe als Merkmal der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung vorhanden ist. Ansonsten bestimmt sich die handlungsbegriffliche Spezifik des strafrechtlich relevanten Verhaltens durch die gebrochene Norm, nicht zugleich durch die darauf zu beziehende Reaktion, und es ist eben noch keine *straf*rechtlich maßgebliche Sichtweise.

2. DELIKTSBEGRIFFLICH AKTUELLE ZURECHNUNG

2. 1. DAS HYPOTHETISCHE VERBRECHEN

Die verbrechensbegrifflich relevante Korrelation zwischen dem Zurechnungsproblem und dem Problem der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung läßt sich aber auch nicht auf eine Neudefinierung der vollen strafrechtlichen Zurechenbarkeit des normrelevanten Verhaltens beschränken, da sie nur einen Aspekt der genuin funktionalen Betrachtungsweise und somit nicht den gesamten verbrechensbegrifflich relevanten Kontext des Problems erfaßt. Der adäquate theoretische Rahmen fehlt in diesem Zusammenhang bei weitem nicht nur dort, wo das deliktische Verhalten keine Entwicklung der strafrechtlichen Beziehung in ihrer Allgemeinheit bewirkt, sondern in keinerlei wenigem Maße dort, wo es nur um eine ermittlungs- resp. verfahrenstechnische Zurechnung des betreffenden Verhaltens geht, sei es i. S. einer zeitlich unbegrenzten (e. c. beim Fehlen eines Strafantrags §§ 77 ff StGB, der Verfolgungsverjährung §§ 78 ff StGB) oder auch einer zeitlich begrenzten (e. c. beim „außerstrafrechtlichen" Schutz vor der Strafverfolgung im Falle der Exterritorialität § 18 GVG, Immunität Art. 46 Abs. 2-4 GG) Beeinträchtigung der strafrechtlichen Beziehung aus der Perspektive der allgemeinen Kontinuität des materiellrechtlichen Aspekts.

Verbrechen ist hiernach was zum Subjekt nicht bloß passager-ambivalent resp. virtuell, sondern rechtskräftig zum Zweck der Strafe zugerechnet wird, und es geht dabei um wesentlich mehr als schiere Form, es geht nämlich um den Kern der strafrechtlichen Betrachtungsweise: Das Delikt stellt keine Veränderung nur einer naturalistischen oder soziologistischen Außenwelt dar, *vielmehr verkörpert das Verbrechen seinem Wesen nach Veränderung der strafrechtlichen Beziehung im Rahmen deren Kontinuität*. Die virtuelle Zurechnung ergibt hingegen nur noch eine hypothetische „Handlung", die keine Spezifizierung des Subjekts vom Gesichtspunkt der allgemeinen Kontinuität ermöglicht, da sich der Täter hier in bezug auf sein Verhalten in keiner strafrechtlichen Beziehung befindet: Das Gegenteil ist u. a. erst im Falle der Antragsstellung, der Aufhebung oder des Ablaufs des Immunitätsschutzes (wo noch kein Recht auf interaktionistische Reaktion in der Beziehung erzeugt wurde) möglich. Nullum crimen sine imputatione korrespondiert

somit weder mit der virtuellen Zurechnung[963] noch mit dem daraus resultierenden technischen Entwurf des Verbrechens. Ein funktionales Zurechnungskonzept ist wiederum denkbar nur, wenn den Ausschlag keine äußerlich aktuelle Intervallisierung des Systems, sondern die Komplexität der materiellrechtlichen Beziehung gibt, die das formelle Strafrecht unumgänglich mitumfaßt[964]. Die Strafe ist demnach kein formellrechtliches Phänomen[965], das mit bloßer Berufung auf das materielle Strafrecht verhängt wird[966], sondern Merkmal der materiellrechtlichen Beziehung in ihrer die geschehene Tat umfassenden resp. die geschehene Tat überdauernden Allgemeinheit.

Das moderne Strafrecht reduziert insofern den Verbrechensbegriff auf das o. e. Zurechenbarkeitsmoment, i. e. die erwähnten Bestrafungshindernisse in ihrer Gesamtheit oder allenfalls zum Teil[967] lassen den Begriff qualitativ unberührt, sondern ihre Bedeutung erst außerhalb jenen systematischen Grenzen entfalten, wo es den Verbrechensbegriff zu konstituieren gilt. In Wahrheit ist also in dieser Hinsicht das gegenwärtige Zurechnungsprogramm noch keine strafrechtliche *Zurechnungs*doktrin, sondern diejenige der virtuellen Zugehörigkeit des strafrechtlich relevanten Verhaltens zum Subjekt der Beziehung. So wird vor allem keine Erklärung dafür möglich, weshalb keine Schuld aus der Perspektive der Unschuldsvermutung dort vorhanden sein kann, wo das „Verbrechen“ doch vorzuliegen scheint resp. *wo durch nichts der Begriff materiellrechtlich zu supplementieren sein soll*[968]. Oder geht die materiellrechtliche Beziehung mit der Verübung des Verbrechens überhaupt unter? Des Weiteren: Die ermittlungstechnische „Zurechnung“ kann auch ohne jede Feststellbarkeit des Zurechnungssubjekts erfolgen, was den theoretischen Zusammenhang zwischen dem Verbrechen und dem Subjekt des Verbrechens ebensowenig zutage fördert.

---

963 Nur negativ etwa *Alwart,* Zurechnen und Verurteilen, 1998, S. 9 f, 32 ff.

964 Wobei sich das Strafprozeßrecht nicht bloß als „dienende Wissenschaft“ begreifen läßt (Treffend *Krauss,* Schuld im Strafrecht – Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, in: FS Schüler-Springorum, 1993, S. 463 f, vgl.: *Moos,* Neue Diversionsmaßnahmen im österreichischen Strafrecht, in: FS Müller-Dietz, S. 537, *Perron,* Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: FS. Hanack, 1999, S. 477, *Geppert,* Wechselwirkungen zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: GS Schlüchter, 2002, S. 44 f, ibid. *Salditt,* Wechselwirkungen des formellen und materiellen Strafrechts, S. 67 ff), denn es verfügt allemal über eigenen Gegenstand, ohne den es wiederum keine Wissenschaft gibt. Mehr noch: „Schließlich unterwirft der Strafprozeß das materielle Strafrecht überall dort seiner Geltungskraft, wo aus prozessualen Gründen eine bestimmte Auslegung des materiellen Strafrechtssatzes erfolgt“ (*Peters,* Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, in: FS Welzel, S. 417 f).

965 Vgl. *Neumann,* Funktionale Wahrheit im Strafverfahren, in: FS Arth. Kaufmann, 1989, S. 81 f.

966 S. insofern *Weigend,* Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, in: ZStW 113 (2001), S. 276 f.

967 E. c. die Exterritorialität oder Indemnität wie Immunität des Abgeordneten nach *Bloy,* Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, S. 71 ff, 84 ff und passim.

968 Eingehend *Frister,* Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin, 1988, S. 49, 84 ff.

2. 2. DAS KONSTITUTIVE MERKMAL DES VERBRECHENSBEGRIFFS STRAFBARKEIT

Verbrechen als virtuell zurechenbares Verhalten weist darauf hin, daß sich die materiellrechtliche Verbindung nur noch zwischen dem legislativen Verbrechens*projekt* und der Straf*drohung* selbst erschöpft, nicht aber zwischen dem Verbrechen und der Strafe erfaßbar sein kann, weil ein auf solche Weise bestimmter Begriff keine systematische Bedeutung der Strafe erkennen läßt, sondern seine theoretische Beschaffenheit höchstens aus einer abstrakt gefaßten Strafbarkeit schöpft. Das Strafrecht wird mithin in verbrechensbegrifflich relevanter Hinsicht lediglich auf der subtransformativen Ebene der Strafbarkeit erkennbar. Zwar kann nach *Beling* „keinem Vorkommnis (...) Verbrechensqualität ohne den Zusammenhalt mit einer Strafdrohung des positiven Rechts beigelegt werden“[969], daraus folgt aber keinesfalls, daß „es Verbrechen *nur im Sinne der oder der Strafdrohung* gibt“[970]. Was i. S. der „Strafdrohung“ tatsächlich gibt, ist nur das o. e. legislative Verbrechensprojekt. Wie der Zurechnungsunfähige nichts zur allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung beitragen kann, liegt kein solcher Beitrag dort vor, wo die Zurechnung des in Frage kommenden Verhaltens noch keinen gesamttheoretisch verbindlichen Inhalt aufweist.

Wiederum handelt es sich hier nicht zuletzt um eine Neubestimmung der Strafbarkeit in ihrer Eigenschaft als konstitutives Merkmal des Verbrechensbegriffs: Strafbar ist insoweit nicht was abstrakt, virtuell etc. zur strafrechtlichen Verantwortung führt, vielmehr gibt es sie *nur i. S. der durch die Komplexität der materiellrechtlichen Beziehung umfaßten Strafbarkeit* bzw. des unvermeidbar gewordenen Rechts des Staates auf die Strafe. Entscheidend ist also die strafrechtliche Beziehung auch in ihrer Gegenwart, in ihrer Aktualität, nicht aber nur im Lichte einer zukünftigen Entwicklung etwa aus der Perspektive eines aufgehobenen oder abgelaufenen „außerstrafrechtlichen“ Schutzes (e. c. im Falle des Immunitätsschutzes vor der Strafverfolgung), wie auch im Lichte einer strafrechtlich bereits vergeschichtlichten Entwicklungsmöglichkeit (e. c. im Falle der Verfolgunsgverjährung). Wird die Beziehung wegen eines verwirklichten normrelevanten Verhaltens imitiert, – i. e. darf der Täter nicht gerichtlich verfolgt werden, – dann ist es keinesfalls eine bloß prozessualrechtliche (resp. materiellrechtlich transgrediente) Imitation, sondern vor allem diejenige der materiellrechtlichen Beziehung. Die virtuelle Zurechenbarkeit des normrelevanten Verhaltens beschränkt hiermit die Aufgabe des Strafrechts in verbrechensbegrifflich relevanter Hinsicht auf die Bestimmung dessen, was eben nur die Virtualität der Strafbarkeit angeht. Die Strafe selbst ist dann gar kein Kontinuitätsmerkmal, sondern ein rein apokryph profiliertes bzw. praeter legem wirklich gewordenes Phänomen. Deswegen bleibt hier die Kontinuität der Beziehung systemfremd; sie verläuft durchaus blind, was die Funktion der Strafe anbelangt, und kann daher mit der Verübung des Verbrechens beendet werden.

[969] *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 48.
[970] Ibid.

Kann dies nicht der Fall sein, beschränkt sich die Aufgabe des Zurechnungsbegriffs nicht auf bloße Zurückführbarkeit, welcher Art auch immer, des interessierenden Ereignisses auf eine strafrechtlich garantierte Verhaltensnorm; es kommt vielmehr auf die Entwicklung der materiellrechtlichen Beziehung an. Ob die Zurechnung zu diesem Zweck inkomplett geblieben ist oder sich trotz scheinbarer Vollständigkeit noch oder überhaupt nichts zu leisten hat, tangiert zwar den Verbrechensbegriff in seiner Funktionalität auf unterschiedliche Art und Weise, ist aber gerade nichts funktional Neutrales. Hier wie dort findet keine materiellrechtliche Beziehung statt, hier wie dort liegt die strafrechtliche „Handlung“ außerhalb der strafrechtlichen Beziehung. Der funktionale Verbrechensbegriff konstituiert sich im Rahmen einer Zurechnungslehre, die das interaktionistische Geschehen in die materiellrechtliche Beziehung *in ihrer Komplexität* hineinbringt. Im Rahmen der funktionalen Zurechnung ist deshalb das materielle Strafrecht kein bloß unilaterales Bezugssystem, das das Zurechenbare skizziert, sondern ein das Recht auf Strafe erzeugendes Zurechnungsprogramm ergibt den Gegenstand der materiellrechtlichen Beziehung, wo das System in seiner regulativen Funktion mit der geschehenen Tat konfrontiert wird.

2. 3. KEINE STRAFE OHNE STRAFVOLLSTRECKUNG

Die Zurechnung als ein von der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung umfaßtes resp. die Gültigkeit der gegebenen Beziehung nachweisbares Phänomen legt fest, daß sich der Verbrechensbegriff weder in einem inkompletten noch in einem virtuellen Gegenstand der Strafe erschöpft. In einem interaktionistischen Strafrecht bleibt es jedoch bei *keiner* selektiven Deliktsinternität der Strafbarkeit, i. e. das theoretisch maßgebliche Gesamtbild kann letztendlich auch nicht auf die oben entfaltete Wechselbeziehung zwischen dem materiellen und formellen Strafrecht beschränkt werden. Funktionale Generalisierung im Lichte des Kontinuitätsprinzips besagt folgendes: Nicht nur die Strafverhängung, sondern die Strafvollstreckung gleichermaßen erfolgt *streng im Rahmen und zum Zweck der allgemeinen Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung*. Es gibt eine Strafe nur, wenn sie vollstreckt wird, ohne Vollstreckung hat die Strafe keine Wirklichkeit. Der Strafbegriff ist wiederum materiellrechtlicher Begriff, weshalb die Strafvollstreckung notwendigerweise durch die materiellrechtliche Kontinuität umfaßt wird.

Demnach erfüllt ein bis zur Strafvollziehung erstrecktes Verhalten die verbrechensbegrifflich dezisive Funktion zunächst einmal nur solange die Aktualität der Zurechnung aufrechterhalten bleibt. Widrigenfalls entfällt das Recht auf die Strafe, und die Beziehung hinsichtlich des deliktischen Verhaltens schließt sich aus. So ist das Subjekt des Verbrechens gemäß §§ 79 ff StGB (Vollstreckungsverjährung) in bezug auf sein Verhalten früher oder später außerhalb der strafrechtlichen Beziehung zu versetzen, weil nicht die isoliert genommene Realisierung des durch Zurechnung erzeugten Anspruchs auf die strafrechtliche Reaktion verjähren kann, sondern mit der Verjährung der Aktualität der strafrechtlichen Zurechnung verjährt die geschehene Tat als Verbrechen im

funktional maßgeblichen Sinne, resp. entfällt das bereits begründete Recht auf die Strafe als Kontinuitätsmerkmal der strafrechtlichen Beziehung. Ebensowenig außerhalb des verbrechensbegrifflich interessierenden Zusammenhanges zwischen der strafrechtlichen Zurechnung und der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung liegt durch die Begnadigung zu entfaltende Wirkung, die eine Falschheit der Zurechnung bzw. nachträgliche Inadäquanz des Zugerechneten als Gegenstand der Strafe bloßlegt.

Die Vollstreckungsausschließung mag mit keiner Inaktualität der Zurechnung korrelieren, nur ergibt sich daraus keinmal, daß die Tat in die allgemeine Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung eingebettet sei. Im Falle des Exterritorialitätsschutzes vor der Strafvollstreckung, wo sich im Unterschied zur Vollstreckungsverjährung die Strafe an sich unentbehrlich bleibt, findet keine Interaktion statt. Worauf es demnach prinzipiell ankommt, ist die Auslösung der Strafe, nicht eines nur abstrakten Anspruchs darauf. Beim Immunitätsschutz auf derselben Ebene wird zwar kein verbrechensbegrifflich relevanter funktionaler Übergang eliminiert, hier und jetzt liegt jedoch kein solcher Übergang vor, was die Aktion bis zur entsprechenden Entwicklung dem Bereich der Ausnahmen zuordnet. Der Begriff soll, mit anderen Worten, den gesamten Verlauf der strafrechtlichen Beziehung erfassen, in welchem *durch Strafvollstreckung nichts zu Ende gebracht*[971], *sondern nur die Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung aufgewiesen wird*.

[971] Sollte man nicht „in plattem Positivismus“ verharren (s.: *Jung*, Strafvollzug im Vergleich, in: FS Müller-Dietz, S. 317; *Jehle*, Strafvollzug und Empirie, in: FS Böhm, 1999, S. 242 f).

III. KONTINUITÄTSTHEORIE VS. STADIALE STRAFRECHTSVERWIRKLICHUNG UND EXKLUSIONSLEHRE

Die hiesige funktionale Konzeption läßt sich nicht vom Blickwinkel der stadialen bzw. stufenweisen Betrachtung der Strafrechtsverwirklichung aus realisieren, wonach „das Strafrecht dem einzelnen in dreifacher Weise entgegentritt: Strafen androhend, verhängend und vollziehend, und (...) diese drei Bereiche staatlicher Tätigkeit jeweils gesonderter Rechtfertigung bedürfen“[972], wo wiederum die gegebenen „Stadien“ „aufeinander aufbauen und deshalb jede folgende Etappe die Grundsätze der vorhergehenden in sich aufnehmen muß“[973]. Diese stadiale Betrachtungsweise von *Roxin*, die das System äußerlich derart präzis zu widerspiegeln scheint, verfehlt aber den eigentlichen Kern der Strafrechtsverwirklichung, wo nichts auf das materielle Strafrecht „aufzubauen“, sondern die allgemeine Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung angesichts der Komplexität des materiellrechtlichen Aspekts zu gewährleisten ist[974]. Dabei ist die Strafdrohung per se, wie die Verhaltensnorm per se, kein adäquates Kriterium, sondern die Strafbarkeit als die Norm inkorporierender Interaktionsmaßstab, der zur Strafe als Kontinuitätsmerkmal der strafrechtlichen Beziehung führt.

Indem es auf die stufenweise Betrachtung ankommt, ist jede Argumentation zugunsten der Delinquierung innerhalb der Grenzen der Rechtsbeziehung vergeblich, denn jede solche Argumentation fällt in einem solchen Kontext immer nur abstrakt aus: Der Sinn der stadialen Strafrechtsverwirklichung besteht ja nicht zuletzt darin, daß die Verübung des Verbrechens das zurechnungsfähige Subjekt aus der materiellrechtlichen Beziehung in die prozessualrechtliche translozieren soll, doch der „Delinquent“, solange es zu keiner Beteiligung im Strafverfahren gekommen ist, pflichtfrei und rechtlos im Hinblick auf die verwirklichte Tat bleibt – Eckstein der Exklusionslehre von meinem hochverehrten Lehrer *Guram Nachkebia*. Gemäß derselben Konzeption, die in der zweiten Hälfte der 90er Jahre im georgischen Strafrecht entstanden ist, versetzt das deliktische Verhalten dessen Subjekt außerhalb der Beziehung mit dem Staat, denn derjenige, der delinquiert hat, „ist wegen und im Rahmen dieses Delikts strafrechtlich weder verpflichtet (trägt keine Pflicht, sich der Polizei zu stellen, zu bereuen etc.) noch bevollmächtigt (hat kein Recht zu fliehen, weil dies das Ruhen der Verjährung der Strafverfolgung bedingt).

---

[972] *Roxin*, Grundlagenprobleme, S. 12, vgl.: *ders.*, Wandlungen der Strafzwecklehre, in: FS Müller-Dietz, S. 711; *Hohmann*, Personalität und strafrechtliche Zurechnung, S. 163; *Sieber*, Die Kollision von materiellem und prozessualem Strafrecht, in: FS Roxin, S. 1138.

[973] Ibid.

[974] Vgl. zum Teil *Geisler*, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, 1998, S. 248 ff.

Eine rechtlich weder verfplichtete noch bevollmächtigte Person ist selbstverständlich kein Subjekt der Rechtsbeziehung“[975]. Das Subjekt exkludiert sich, mit anderen Worten, aus der materiellrechtlichen Beziehung, da die Lage nach der Begehung des Verbrechens nicht durch das materielle Strafrecht geregelt wird. Es geht nun nicht nur darum, daß im gegebenen Abschnitt kein strafrechtlich relevanter Status für den Täter konstruierbar ist, sondern der Begriff des Delinquenten wie der Begriff des Verbrechens wäre zumindest als kein materiellrechtlicher Begriff erfaßbar[976], scil. im Gegensatz zum legislativen Verbrechensentwurf, wie seinerseits der Strafbegriff im Gegensatz zu demjenigen der Strafdrohung.

In einem Strafrechtsprogramm, das von der stadialen Strafrechtsverwirklichung ausgeht, läßt sich an der in Rede stehenden Exklusionslehre u. E. kaum etwas aussetzen. Im Gegensatz sowohl zur herrschenden deutschen als auch zur herrschenden georgischen Lehre gibt es im Rahmen der hiesigen Konzeption für eine Diskontinuität schon von Anfang an keinen Raum. Die Ebene, auf der der Täter in bezug auf seine Tat weder über eine Pflicht noch über ein subjektives Recht verfügt, sich also als kein Subjekt der strafrechtlichen Beziehung begreifen läßt, ist hier, wie erwähnt, diejenige zwischen materiell- und formellrechtlichen „Stufen“ aus der Sicht der stufenweisen Betrachtung der Strafrechtsverwirklichung, und als Verbrechen liegt die Aktion nicht in diesem Interval i. S. der für die stadiale Strafrechtsverwirklichung immanente Zurechnung a posteriori, vielmehr liegt das Verbrechen vor allem seinem Wesen nach dort, wo es die Strafe auslöst. Mit der Verübung des Verbrechens verläßt man dabei nicht die Ebene des Materiellrechtlichen und auf *diese* Weise gerät man irgendwann im Bereich des Prozessualrechtlichen wie in demjenigen der Strafvollstreckung als endgültiger Schlußpunkt der Strafrechtsverwirklichung nach der stufenweisen Betrachtung, sondern gemäß dem Grundsatz der qualitativen Generierung der Pflichtenstellung setzt sich der materiellrechtliche Aspekt ununterbrochen ad infinitum fort: Strafrechtslehre ist Kontinuitätslehre.

[975] *Nachkebia*, Der Gegenstand des Strafrechts, Tiflis, 1997, S. 184.
[976] Ibid.

IV. DAS HETERARCHISCHE VERBRECHENSSYSTEM

1. AUTOZENTRIERTE „HANDLUNG“

Aus der Sicht der *Welzel*schen Kritik der „einheitlichen Handlung“ von *Hegelianern* und *Binding* „wäre der Mangel einer einheitlichen Handlungslehre noch nicht einmal so unheilvoll, wenn die Teile, in die die Handlung gespalten wurde, zusammengefaßt wenigstens die wirkliche Handlung ergäben. Aber gerade hierin liegt der Hauptfehler: die *Teile*, in die Handlung zerlegt worden ist, passen nicht, sind nicht die richtigen, die Art der Zerlegung ist falsch, – nicht aber ist falsch, daß überhaupt ‚zerlegt‘ worden ist. Denn ohne ein gedankliches Auseinanderhalten sachlicher Momente, – mögen sie nun ‚Seiten‘, ‚Momente‘ oder ‚Elemente‘ genannt werden, der Name ist völlig gleich, – ohne dieses gedankliche Auseinanderhalten ist eine Gegenstandserkenntnis für das diskursive menschliche Erkennen überhaupt unmöglich“[977]. Erstreckt sich jedoch der Handlungsbegriff im allgemeinen auf das gesamte Verbrechenssystem, so kann die Handlung ohnehin nur in dem Maße „einheitlich“ sein, in dem dies auch der Begriff des Verbrechens sein muß, nicht aber als abstraktes Bezugsobjekt „weiterer“ Verbrechensmerkmale, wie das seit der Ablösung des Handlungsbegriffs der *Hegel*schule durch die naturalistischen Konzeptionen immer noch überwiegend der Fall ist. Eben die letztere „Einheitlichkeit“ der „Handlung“ erweist sich wiederum keineswegs als strafrechtstheoretisch ergiebig, sondern zielt auf eine Strukturierung des Verbrechenssystems ab, die nur noch im Rahmen der Didaktik der Deliktsermittlung auswertbar ist.

In einem Verbrechenssystem, das einen systemspezifisch profilierten Blick auf die Materialität des Handlungsbegriffs gewährt, läßt es sich dementgegen nur von unrechts- und schuldrelevanten Komponenten der Handlung ausgehen[978]: *Die strafrechtliche Handlung in ihrer verbrechensbegrifflich aktuellen „Einheitlichkeit“ ist weder tatbestandsmäßig oder rechtswidrig noch schuldhaft*. Bei jedem Gegenteil handelt es sich allenfalls um Pleonasmen. Obgleich es keine Schuld ohne unrechtsrelevante Momente der Handlung gibt, kann sie niemals die komplette Spezifik des Handlungsbegriffs wiedergeben, was in dem hier anzusprechenden Sinne das verbrechenssystematische Korrelationsgefüge des Unrechts mit den weiteren Fragmenten des Begriffs gleichermaßen anbelangt, und zwar in beiden Hinsichten, denn das isolierte Unrecht ist eben nur *in abstracto* als Bestandteil des Verbrechenssystems erfaßbar. Wo das „gesamte“ strafrechtlich rele-

[977] *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, a. a. O., S. 120.

[978] Indem u. a. die strafrechtsdogmatisch schon längst geläufige Differenzierung zwischen den unrechts- und schuldrelevanten intellektuell-voluntativen Elementen (s. *Lackner/Kühl*, StGB, 15/34), komplementiert durch nackte „externe“ Charakteristika auf der Ebene des Unrechts, genuin theoretisch noch nichts besagen kann.

vante Verhalten als „Handlung“ schuldhaft zu sein vermag, wird vor allem die material interessierende Bezugsebene der Schuld schlechthin negativiert, da sich die Handlung im Strafrecht nicht etwa auf „partielle“ Verhaltensmodelle beschränken darf; ein strukturell autozentriertes Verhalten könnte aber aus demselben Grund ebensowenig unrechtmäßig sein, wobei es auf dieser Ebene auch an sich ohnehin unentfaltet bleibt[979].

Als schuldhaft oder unrechtmäßig lassen sich demnach im strengen Sinn eben nur *die entsprechenden Komponenten* der strafrechtlichen Handlung begreifen, kaum noch hingegen die strafrechtliche Handlung selbst. Die Sichtweise, nach der die strukturelle Identität des verbrechenssystematisch relevanten Verhaltens nicht mit dessen metasubsidiärer handlungsbegrifflicher Gestalt korrespondiert, führt, wie unten zu zeigen ist, zu einer funktionalen Konkurrenz zwischen Schuld und Verbrechen.

2. VERTIKALITÄTSPRINZIP

Nach dem Begründer des traditionellen dreistufigen Verbrechenssystems *Liszt*, „stellt uns das Verbrechen die Aufgabe, auf einen Tatbestand einen gegebenen Rechtssatz anzuwenden“[980], und weiter: „Diese Aufgabe gliedert sich naturgemäß in drei Teile. Wir haben erstens den Tatbestand festzustellen (...) Wir haben dann zweitens den anzuwendenden Rechtssatz zu finden und auszulegen (...) Der dritte Teil endlich der technisch-juristischen Aufgabe besteht in der Anwendung des Rechtssatzes auf den Tatbestand, in der Subsumtion des Tatbestandes unter das Gesetz, in der Schlußfolgerung (...): `der Angeklagte ist schuldig´ (...)“[981]. Es ist aber schwer zu übersehen, daß auf diese Weise der Verbrechensbegriff nur noch als rein formaler Begriff überhaupt betrachtet werden kann: Wenn einerseits das Verbrechen die Aufgabe stellt, „auf einen Tatbestand einen gegebenen Rechtssatz anzuwenden“, andererseits „die Anwendung des Rechtssatzes auf den Tatbestand“ das Merkmal der Schuldsphäre bildet, kollidiert der Verbrechensbegriff funktional mit demjenigen der Schuld und verliert somit jeden qualitativ spezifizierbaren Wert. Wiederum ist das kein methodologisches Versehen in diesem konkreten Fall, sondern ein integrales Charakteristikum jedes auf eine naturalistisch oder gleichermaßen quasisozial abstraktifizierte „Handlung“[982] gegründeten Deliktskonzepts[983], was heißt, durch die „Handlung“ als Aufbauelement des Verbrechenssystems wird dessen gradatime Betrachtung bereits im Ansatzpunkt kodiert. – Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld als verbrechenssystematische *„Stufen“*[984] bzw. als *„vertikal“ an-*

[979] Vgl. *Jakobs:* Strafrecht AT, 6/2; Handlungsbegriff, S. 34.

[980] *Liszt,* Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, a. a. O., S. 231.

[981] Ibid.; *ders.,* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., S. 119 f.

[982] S. aber etwa *Bubnoff,* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, S. 154.

[983] Vgl. *Kahlo,* Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, S. 18 ff.

[984] Diese „Dreistufigkeit“ ist freilich hinsichtlich der Unrechtsebene deliktssystematisch selbst zumindest relativ (s. *Jakobs,* Strafrecht AT, 6/59).

geordnete Verbrechensmerkmale[985] führen dazu, daß die „Verbrechensstufe" Schuld tatsächlich eine funktionale Konkurrenz mit dem Verbrechensbegriff selbst aufweist: Da Schuld das Unrecht voraussetzt, ist nach dem gegebenen Schema, das auch der modernen Verbrechenslehre zugrundeliegt, jede schuldhafte „Handlung" Verbrechen[986], resp. das Verbrechen weist keine Strafbegründungsfunktion mehr auf, die von derjenigen der Schuld qualitativ differenzierbar wäre[987].

Mithin gehören der Verbrechens- und der Schuldbegriff zur identischen „funktionalen" Sinnebene, was seinerseits eine genuin theoretisch gerechte Beziehung der interessierenden Merkmale zum Verbrechensbegriff erklärtermaßen ausschließt[988]: Das Verbrechen als System von sämtlichen funktional relevanten Momenten figuriert hier nur noch als *schier didaktisches Konstrukt*. Was es aber insofern vor allem umzudenken gilt, ist die schon im Ansatz kontradiktorische quasistabile Struktur des verbrechenssystematisch relevanten Verhaltens. Die funktionale Differenzierung zwischen dem Verbrechens- und dem Schuldbegriff wird, mit anderen Worten, bereits dadurch konterkariert, daß die Verbrechensmerkmale in keinem Handlungsbegriff zunächst einmal mit dessen topogenen Komponenten korrelieren, sondern sich rein äußerlich auf einer ordnungstechnisch ausgerichteten abstrakten „Handlung" aufgebaut werden. Das Vertikalitätsprinzip, das dabei als Grundtendenz suggeriert wird[989], läßt sich auf dem Gebiet der Deliktsermittlung wohl kaum entbehren. Der „technisch-juristische" Leistungstest und das Prisma des Theoretischen sind aber nicht die gleichen Nenner. Handelt es sich hingegen um Unrecht und Schuld innerhalb des Handlungsbegriffs, bahnt sich u. a. die Möglichkeit einer Konkretisierung der funktionalen Korrelation zwischen Verbrechen und

---

[985] *Beling:* Die Lehre vom Verbrechen, S. 76 ff und passim; Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, a. a. O., S. 2 f; Grundzüge des Strafrechts, 4. Aufl., S. 24 ff; Die Lehre vom Tatbestand, S. 11 und passim; *Radbruch,* Handlungsbegriff, S. 71.

[986] S. *Liszt-Schmidt,* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 222.

[987] Wenn *Beling* die von der Rechtswidrigkeit unabhängige Feststellbarkeit der Schuld – in einem freilich noch keinesfalls genuin funktional erfaßten Verbrechenssystem (s. *Lesch,* Verbrechensbegriff, S. 182; vgl. *Lampe,* Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, in: FS Roxin, S. 45 ff) – dadurch argumentiert, daß widrigenfalls „die Aufstellung des Schuldbegriffs genug", „in ihm alles für die Rechtswidrigkeit in Betracht Kommende schon mitenthalten wäre" (*Beling,* Die Lehre vom Verbrechen, S. 141), legt *er* zwar die in Rede stehende Diskrepanz bloß, löst sie aber auf eine grundsätzlich konträre Art und Weise, indem *er* sich statt einer strafrechtstheoretisch relevanten Spezifizierung des Handlungsbegriffs für die „Formalisierung" des Vertikalitätsprinzips entscheidet (ibid., S. 25, 41, 78 und passim; *ders.:* Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., S. 140 f; Unschuld, S. 86). Was wonach „feststellbar" sein soll, ist aber gerade nur ein didaktisches Problem, und es trifft die Theorie des Verbrechenssystems nicht einmal am Rande.

[988] Hierbei ist es für eine genuin theoretische Strukturierung des Verbrechenssystems irrelevant, ob sich in bezug auf die Strafzumessung solche funktionale Konstellation von Verbrechensmerkmalen ändert (*Lackner,* StGB, § 46/23), denn die systematische Funktion des Verbrechens kann sich auf die Bestimmung der Art und Höhe der Strafe nicht beschränken (näher zum Ganzen *Frisch,* Unrecht und Schuld, a. a. O., S. 238).

[989] Genaugenommen durch den „ordnungstechnischen Handlungsbegriff" als „didaktisch nützliche Deliktseingangsstufe": *Jakobs,* Handlungsbegriff, S. 13, wo er zwar ausdrücklich ins Visier genommen wird, der dadurch initiierte hierarchische modus procedendi selbst aber als nur didaktische Bestimmungsformel noch unerkannt bleibt.

Schuld an, scil. infolge einer metadidaktischen Differenzierung zwischen dem Begriff und dem konstitutiven Merkmal des Begriffs, indem sich die strafrechtliche Verantwortung nur auf die Handlung im ganzen gründen kann.

III. DIE EBENE DES HETERARCHISCHEN

Daß es verbrechenssystematisch keine unrechtmäßige oder schuldhafte „Handlung", sondern nur unrechtmäßige und schuldhafte Bestandteile der Handlung geben kann, indiziert also die spezifische Aufgabe des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, die *das Verbrechen* in seiner Komplexität zu einem *generischen* Verantwortungsgrund im Strafrecht hebt. Die Blickrichtung der vertikal angeordneten Verbrechensmerkmale ist diejenige des ordnungstechnischen Funktionalismus, und über die Funktion des Verbrechensbegriffs im Rahmen einer institutionell kompetenten Interaktion, genauer: aus der Sicht der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung besagt sie nun einmal nichts. Was sich dementgegen aus einer genuin funktionalen Konzeption ergibt, ist einzig *ein heterarchisches bzw. polyzentrisches Verbrechenssystem*, das Gestalt erst dort gewinnt, wo es auf eine interaktionistische – *da* es um institutionell kompetente Interaktion (= Rechtsbeziehung) geht: interpersonale – Bestimmung des Handlungsbegriffs ankommt. Ein solches Verbrechenssystem erwiese sich e. c. im Falle der Handlung als Aufbauelement von vornherein als unbeweisbar, etwa auch dann, wenn jede Dependenz der Schuld vom Unrecht preisgegeben werden sollte, da sie in ihrer Abstraktheit zu einem spezifischen Konstituens des Systems mutiert, dessen ordnungstechnische Funktionen jede Möglichkeit gleichberechtigter Beziehungen innerhalb des Systems im ganzen nur auszuschließen vermögen[990].

Hiermit kommt es nicht zuletzt darauf an, daß die Richtung nicht die Elemente, sondern der Begriff des Verbrechens weist, und gewisse Übergangslösungen aus der Perspektive ebenderselben Differenzierung ließen sich schon in der normativen Handlungslehre von *Jakobs* gewinnen[991], die aber dort gerade ausbleiben. Im Falle des schuldlosen Unrechts liegt sonach nicht nur keine Handlung vor, vielmehr fehlt bereits deshalb allemal – also sowohl interaktionistisch als auch einseitig-„kommunikativ"[992] – eine komplette Gestalt des Unrechts selbst, weil es sich außerhalb der Handlung bzw. des Begriffs des Verbrechens entfaltet, auf den im Lichte eines postulierten Übergangs von der Didaktik auf Theorie den Schlüsselakzent zu verlagern versucht wird. Die *Jakobs*sche These in

[990] S. *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 7 ff; vgl. *C. Roxin*, Strafrecht AT I, 8/50 f, 53 ff, 66.

[991] S. auch *P. González-Rivero*, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen, S. 130, wobei freilich, wie erwähnt, der Gegenstand des Unrechts und der Gegenstand der Schuld beide schon jenseits jeglicher Komplexität denjenigen eines *„Vorwurfs"* abzugeben haben.

[992] Was die Differenzen in diesem Kontext anbelangt, so liegen sie hier wesensmäßig nicht etwa im Bereich des Kommunikativen, was heißt, Kommunikation und Rechtsbeziehung sind eben keine synonymen Erscheinungsformen der Interaktion.

bezug auf das Unrecht, es gehe um bloße „Vorläufigkeit“[993] als dessen einzig mögliche Ausprägung, hat dabei zum Leitpunkt eben das Vertikalitätsprinzip und stellt somit ein Rudiment ordnungstechnischen Funktionalismus innerhalb einer Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens dar. Ob nun das Unrecht seine Bedeutung außerhalb eines das gesamte Verbrechenssystem umfassenden Handlungsbegriffs als schuldloses Unrecht oder sogar im Zusammenhang mit der Schuld außerhalb der „Handlung“ als „Hilfsbegriff“ entfaltet, ist insoweit ein und dasselbe. Der allgemein vertraute Rekurs auf das Verbrechen als „schuldhaftes Verhalten“, wo dies über die Grenzen ordnungstechnischer Komplexion hinausgeht, macht seinerseits nur einen weiteren Fall des gleichen Rudiments aus, da sich die Schuld, wie bereits akzentuiert, als keine Variation des gesamten strafrechtlich relevanten Verhaltens begreifen läßt.

Vor allem jedoch was Verbrechen ist, bestimmt sich also nicht einmal nach den in den Abschnitt des theoretisch Maßgeblichen verlängerten „eigenen“ Regeln der Lehre vom Deliktsaufbau, sondern eben nur umgekehrt, i. e. von der Verbrechenslehre als *Handlungslehre* hängt auch die eigentliche Gestalt dessen Elemente ab. Das heterarchische Verbrechenssystem resultiert allerdings niemals aus einem einseitig-„kommunikativ“ fundierten Handlungsbegriff, der strafrechtlich auf die Dimension der Ausnahmen restringiert wird. Jede o. e. „Komplexität“ des Unrechts bringt zwar die angebliche Reichweite der gradatimen Betrachtung ins Wanken, aber die besagten gleichberechtigten Beziehungen kristallisieren nicht dort, wo die komplette Gestalt der Schuld keine ähnlichen Spezifizierungen im Handlungsbegriff in einem theoretisch erschöpfenden Sinne erfordert, resp. nach einer möglichst konsequent entfalteten normativen Handlungslehre und einem dadurch tragbaren (normativen) Schuldbegriff. Anhand der Annahme, daß die Handlung in keine formalistischen Zusammenhänge als Aufbauelement des Systems gehört wie sich der Kernpunkt einer kompletten Theorie, die Handlungslehre dabei aufweisen muß, nicht auf die Quantität der erfaßten Deliktskomponenten i. S. eines sublimierten Schematismus reduziert[994], gelangt man also zu keinem endgültigen Aufschluß, sondern um welchen Handlungsbegriff bzw. um welche komplette Theorie es von diesem Standpunkt aus geht, fällt entscheidend aus.

Die Tatsache, daß ein polyzentrisches Straftatsystem erst auf dem Weg zu einem funktionalen Handlungsbegriff in Sicht kommt, ist demnach alles andere als inzident. Die Ebene des genuin Funktionalen ist diejenige der Interaktion, und der strafrechtliche Handlungsbegriff schließt sich in dieser Hinsicht nicht eher ab als sich das „schuldhafte Verhalten“ als Gegenstand der Strafe realisiert. Außerhalb der Handlung in einem theoretisch erschöpfenden Sinne läßt sich nach dieser Lage neben dem Unrecht schon die Schuld jenseits einer absoluten Straftheorie begreifen, was heißt, deren komplette handlungsbegrifflich aktuelle Gestalt gehört hiernach ebensowenig als definite Größe

[993] Fn. 711.

[994] Wie dies jedoch nach *Jakobs:* Handlungsbegriff, S. 41 ff, Strafrecht AT, 17/19 bisweilen der Fall zu sein scheint.

dem Bereich des Tautologischen. Muß aber im Falle der in diesem Kontext defizienten Schuld von der Handlung immerhin ausnahmsweise die Rede sein[995], während es sich mit einer „Unrechtshandlung“ per se auch insoweit nichts anfangen läßt, so sind das Differenzen nur unterhalb des interessierenden Niveaus. Denn die Beziehung zum Begriff des Verbrechens in seiner theoretisch dezisiven Vollständigkeit, anders als nach vorinteraktionistisch konzipierten Handlungsmodellen, bleibt hier wie dort identisch.

Das jede formalfunktionale Sichtweise der klassifikatorischen Handlungs- und Deliktskonzepte überschreitende heterarchische Gesamtbild schließt wiederum *Liszt-Beling-Radbruch*sches Vertikalitätsprinzip kaum aus; vielmehr handelt es sich im letzteren Falle um einen *subsidiären* Grundsatz, der als Attribut der Didaktik der Deliktsermittlung zutage tritt. Der maßgebliche Unterschied liegt mithin nicht in der Struktur, er liegt im Blickpunkt, von dem aus das Verbrechenssystem erfaßt wird: ermittlungstechnisch oder genuin theoretisch. Worauf es demnach beim heterarchischen Verbrechenssystem hauptsächlich ankommt, ist auch keine Erweiterung einer einseitigen Dependenz zu einer Interdependenz von Verbrechensmerkmalen als solche, sondern eben die Verlagerung des Hauptgewichts von den Elementen des Verbrechens bzw. vom Verbrechensaufbau auf den Verbrechensbegriff – denkbar erst in *einem interaktionistisch entfalteten Strafrechtsprogramm*, das die komplette Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens aus einer Interdependenz von Aktion und Reaktion im Rahmen der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung herleitet.

[995] Nämlich in keinem Maße i. S. einer didaktisch erzwungenen abstrakten Distinktion, sondern in Gestalt von interaktionistisch erschlossener Ausnahme.

ZUSAMMENFASSUNG

A

I. Es gibt keine durch Rechte und Pflichten konstituierte rechtliche Personalität per se, sondern sie konstituieren Interpersonalität. Sonach ist keine Personalität jenseits des Interpersonalen möglich. Der Handelnde hält sich in Grenzen der Interpersonalität nicht nur dort, wo sein Verhalten normgemäß ausfällt, vielmehr liegt ebendies auch im Falle der Delinquierung vor, die für ihn spezifische Pflichten und Rechte erzeugt. Infolgedessen: *Handlung ist im genuin rechtlichen Sinne (qualitative) Progression der Interpersonalität*.

B

II. Man handelt interpersonal in seiner Eigenschaft als Interaktionssubjekt sowohl vor wie auch während und nach dem interessierenden Verhalten. Vom Subjekt muß erwartet werden, daß er im Falle der Enttäuschung der normativen Erwartung die strafrechtliche Reaktion erwartet. Ignorierung *dieser* Erwartungserwartung bzw. *Ignorierung der Strafbarkeit* und nicht nur die Desavouierung der Norm führt zur Bedeutsamkeit der Auslösung der Reaktion für den Handlungsbegriff. Verbrechen bildet dabei *Mißbrauch rechtlichen Vertrauens, der das rechtliche Vertrauen nicht erschöpft*. Vor allem findet aber die Interaktion eben nicht außerhalb jenes Zusammenhanges statt, wo von der Aktion die Reaktion ausgelöst wird – Wesenskern der im Werk entfalteten *interpersonalen bzw. funktionalen Handlungslehre*.

III. Die Frage, die sich aus der daraus resultierenden Kohärenz zwischen dem Verbrechens- und dem Strafbegriff aufdrängt, was nun im interaktionistischen Strafrechtsprogramm das schuldhafte Verhalten sei, in bezug auf welches infolge eines Bestrafungshindernisses die Reaktion ausbleibt, fällt im Grunde rhetorisch aus: Das schuldhafte Verhalten, das zu keiner Strafe geführt hat, ist (nur) als Ausnahme Handlung bzw. Verbrechen, und zwar im Hinblick darauf, daß es i. d. R. die Strafe auslöst.

C

IV. Es kommt im funktionalen Strafrechtssystem weder auf eine isoliert prospektive noch auf eine isoliert retrospektive Sichtweise an; es geht vielmehr um *das Kontinuitätsprogramm*, das die strafrechtliche Beziehung in ihrer Komplexität resp. nicht zuletzt auch in ihrer Gegenwart aufzuzeigen hat. Mit dem interpersonalen Strafbegriff ist dabei ein überwiegend täterstrafrechtliches Institut wie Vorbestrafung inkompatibel. Die Grundfunktion der interaktionistischen Strafe besteht eben darin, *das durch Verbrechen bedingte Vertrauensdefizit auszuräumen*, indem sie die Kontinuität der Beziehung gewährleistet. Erschöpft die Strafe das Vertrauensdefizit nicht, so ist sie nicht funktionsgerecht konstruiert und läßt sich nur formal als Kontinuitätsmerkmal erfassen.

V. *Vorbereitung und Versuch des Verbrechens sind per definitionem kein Verbrechen.* Delinquiert wer (allein, als Teilnehmer oder mittelbarer Täter) schuldhaft den Schaden als Gegenstand der Strafe herbeiführt. Die Strafwürdigkeit wie die Strafbedürftigkeit einer in abstrakten Schaden jeglicher Art umgewandelten Gefahr (inkl. jedes „Gefährdungsdelikts“) ist erklärtermaßen systemwidrig. Ja, *Liszt* hatte recht: Es gibt kein Verbrechen ohne Erfolg. Sowohl der Versuchs- als auch Vorbereitungstäter hat nach dem hiesigen Verständnis nur vor dem Gott und Volk zu verantworten, nicht vor dem Staat. Im modernen Strafrecht besagt schierer dolus so wenig, wie der schiere Erfolg, und was für die Neutralisierung der durch Versuch bzw. Vorbereitung des Verbrechens entstandene Gefährlichkeit des Täters in Frage kommt, ist nicht das Strafen, sondern Sicherung und Besserung: Nulla poena sine crimen.

D

VI. Im Rahmen der in der Dissertation entwickelten Theorie der allgemeinen Kontinuität erfolgt sowohl Strafverhängung wie auch Strafvollstreckung streng im Rahmen und zum Zweck der allgemeinen Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung. Es gibt eine Strafe nur, wenn sie vollstreckt wird, ohne Vollstreckung hat die Strafe keine Wirklichkeit. Der Strafbegriff ist wiederum materiellrechtlicher Begriff, weshalb die Strafvollstreckung notwendigerweise durch die materiellrechtliche Kontinuität umfaßt wird. Interpersonaler Handlungsbegriff als bis zur Strafe erstreckter Handlungsbegriff ist somit ein bis zur Strafvollziehung erstreckter Begriff. Der maßgebliche Blickpunkt soll, mit anderen Worten, den gesamten Verlauf der strafrechtlichen Beziehung erfassen, in welchem *durch Strafvollstreckung nichts zu Ende gebracht, sondern nur die Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung aufgewiesen wird*.

E

VII. Die Blickrichtung der vertikal angeordneten Verbrechensmerkmale ist diejenige des ordnungstechnischen Funktionalismus, und über die Funktion des Verbrechensbegriffs im Rahmen der Rechtsbeziehung, genauer: aus der Sicht der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung besagt sie nun einmal nichts. Was sich dementgegen aus einer genuin funktionalen Konzeption ergibt, ist einzig *ein heterarchisches bzw. polyzentrisches Verbrechenssystem*, das Gestalt erst dort gewinnt, wo es auf eine interaktionistische Bestimmung des Handlungsbegriffs ankommt. Der maßgebliche Unterschied zu den traditionellen Systemen liegt dabei nicht in der Struktur, er liegt im Blickpunkt, von dem aus das Verbrechenssystem erfaßt wird: ermittlungstechnisch oder genuin theoretisch.

LITERATUR

Abegg, Julius Friedrich Heinrich	System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen, Königsberg, 1826.
Allfeld, Phillip	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Leipzig, 1934
Altenhain, Karsten	Die Begründung der Strafe durch Kant und Feuerbach, in: Gedächtnisschrift für Rolf Keller, Tübingen, 2003.
Altpeter, Frank	Strafwürdigkeit und Straftatsystem, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1990.
Alwart, Heiner	Zurechnen und Verurteilen, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1998.
Aponte, Alejandro	Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.
Aristoteles	Nikomachische Ethik, Band III, Berlin, 1979.
Arnold, Jörg	Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.
Bamberger, Heinz Georg	Versuch beim Unterlassungsdelikt, Bonn, 1978.
Baumann, Jürgen	Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
	Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, Bielefeld, 1965.
	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bielefeld, 1961.
Baumgarten, Arthur	Der Aufbau der Verbrechenslehre, Tübingen, 1930.
Baumgarten, Izidor	Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Kriminalistische Studie, Stuttgart, 1888.
Beling, von, Ernst	Sammelband, Stuttgart, 1931.
	Grundzüge des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Tübingen, 1902.
	Grundzüge des Strafrechts, 4. Auflage, Tübingen, 1912, 11. Auflage, Tübingen 1930.
	Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen, 1930.
	Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906.
	Unschuld, Schuld und Schuldstufen. Im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Leipzig, 1910.
Bielefeldt, Heiner	Das Folterverbot im Rechtsstaat, Berlin, 2004.
BGHSt	Band 21; 24.
Binding, Karl Ludwig Lorenz	Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft,Wien, 1877.
	Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, Schuld und Vorsatz, Hälfte I, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Aalen, 1965.
	Die Normen und ihre Übertretung, Bd. III, Der Irrtum, Aalen, 1965.
	Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig, 1919.
Birkmeyer, von, Karl	Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Berlin, 1890.
Blöcker, Morten	Die tätige Reue, Baden-Baden, 2000.
Bloy, René	Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin, 1985.
	Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, Berlin, 1976.
Broglio, Rolf Paul	Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform, Bonn, 1927.
Bubnoff, von, Eckhart	Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, Heidelberg, 1966.

Buermeyer, Ulf	Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8/2005.
Bung, Jochen	Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 2/2006.
	Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.
Bunster, Álvaro	Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
Bürgi, Wolf	Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, Bern, 1927.
Buri, von, Maximilian	Über Kausalität und deren Verantwortung, Leipzig, 1873.
Burkhardt, Björn	Düsseldorfer Thesen, in: Thesen zum Kongreß „Neuro2004: Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht“, Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen, November 2004.
Busch, Richard	Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, Tübingen, 1949.
Calliess, Rolf-Peter	Die Strafzwecke und ihre Funktion, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.
Class, Wilhelm	Grenzen des Tatbestandes (Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einziger] Teil: Die Lehre vom Tatbestand), Aalen, 1977.
Crespo, Eduardo Demétrio	Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien, in: ZIS 9/2006.
Dedes, Christos	Die Konkretisierung der Sorgfalt, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München, 1979.
	Die Sinndeutung der Handlung, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
Díez Ripollés, José Luis	Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe, in: ZStW 113 (2001).
Dohna, zu, Alexander Graf	Der Aufbau der Verbrechenslehre, Bonn, 1950.
Donini, Massimo	Das Strafrecht und der „Feind“, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, Bd. 11, 2007.
Donna, Eduardo Alberto	Schuldfrage und Prävention, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg, 1999.
Ellerbrock, Ralf	Die relative Rechtfertigung, Aachen, 2001.
Engisch, Karl	Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjekiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: Festschrift für Theodor Rittler, Aalen, 1957.
	Der Arzt im Strafrecht, in: Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, München-Berlin, 1939, Heft 9.
	Der finale Handlungsbegriff, in: Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin, 1944.
	Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg, 1953.
	Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, 1931.
	Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Berlin, 1965.
	Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974.
	Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, 1950.
Eser, Albin	Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare

	Rechtsfigur?, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
Feuerbach, von, Paul, Johann Anselm	Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799; Teil II, Chemnitz, 1800.
Fiedler, Herbert	Vorhaben und Versuch im Strafrecht (Über ein Handlungsmodell der strafrechtlichen Versuchslehre), Baden-Baden, 1967.
Finger, August	Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in: Festsschrift für Karl Ludwig Lorenz Binding, Band I, Leipzig, 1911.
Fischer, G.	Das unvollendete Verbrechen im deutschen und französischen Recht, München, 1970.
Frank, Reinhard	Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB, Teil I, 1842.
	Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in: Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum, Gießen, 1907.
Frisch, Wolfgang	Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.
Frister, Helmut	Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin, 1988.
Gallas, Wilhelm	Studien zum Unterlassungsdelikt, Heidelberg, 1989.
	Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, Berlin, 1961.
Gehlen, Arnold	Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 1. Auflage, Berlin, 1940.
Geisler, Claudius	Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin, 1998.
Gemmingen, von, Hans Dieter Freiherr	Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, Breslau-Neukirch, 1932.
Geppert, Klaus	Wechselwirkungen zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
Germann, Oskar Adolf	Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich, 1942.
	Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, Zürich, Aarau, 1914.
Gmür, Roland	Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, Aarau, 1958.
Goldschmidt, James	Der Notstand, ein Schuldproblem, Wien, 1913.
González Cussac, José Luis	„Feindstrafrecht“, Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, Band 15, 2007.
González-Rivero, Pilar	Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen. Zugleich ein Beitrag, zur allgemeinen Zurechnungslehre, Berlin, 2001.
Gössel, Karl-Heinz	Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts, in: Festschrift für Otto Triffterer, Wien, New York, 1996.
	Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung. Unter besonderer Berücksichtigung der Struktur des menschlichen Verhaltens, Berlin, 1966.
Grasnick, Walter	Luhmann ante portas. Systemtheoretische Überlegungen zur Hauptverhandlung im Strafverfahren, in: FS Lutz Meyer-Gossner, München, 2001.
Greco, Luis	Über das sogenannte Feindstrafrecht, in: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, Heft 2/2006.
Gropp, Walter	Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New

York, 2005.
Gunn, John Charles et al. Psychiatric Aspects of Imprisonment, London, New York, San Franciso, 1978.
Haffke, Bernhard Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: Kritische Justiz, Heft 1/2005.
Hafter, Ernst Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern, 1946.
Hall, Karl Alfred Fahrlässigkeit im Vorsatz, Marburg, 1959.
Hamm, Rainer Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Feindstrafrecht, in: Neue Lust auf Strafen. Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Bd. 27, Münster, 2005.
Hardwig, Werner Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg, 1957.
Hartmann, Nicolai Neue Wege der Ontololologie, in: *ders.* (Herausgeber), Systematische Philosophie, Stuttgart, 1942.
Teleologisches Denken, Berlin, 1951.
Hassemer, Winfried Strafrecht, Prävention, Vergeltung, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2006.
Sicherheit durch Strafrecht, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 4/2006.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich Sämtliche Werke, Bd. VII, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 3. Auflage, Stuttgart, 1952.
Heintschel-Heinegg, von, Bernd Versuch und Rücktritt, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 109, 1997.
Heinz, Wolfgang S., */Arend,* Jan-Michael The International Fight against Terrorism and the Protection of Human Rights. With Recommendations to the German Government and Parliament, Berlin, 2005.
Henkel, Heinrich Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, München, 1931.
Hernández, Moisés Moreno Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, in: FS C. Roxin, Berlin, 2001.
Herzberg, Rolf Dietrich Der Rücktritt vom Versuch als sorgfältiges Bemühen, in: Festschrift für Günter Maria Harald Kohlmann, Köln, 2003.
Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, New York, 1972.
Hippel, von, Reinhard Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre, Berlin, 1966.
Hirsch, Hans Joachim Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, in: GS Dieter Meurer, Berlin, 2002.
Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, in: FS Ernst-Joachim Lampe, Berlin, 2003.
Hirschberg, Rudolf Schuldbegriff und adäqutae Kausalität. Eine Untersuchung über das Zurechnungsproblem, Breslau, 1928.
Hoberg, Theodor Der Begriff der Anstiftung, Breslau, 1931.
Hohmann, Ralf Personalität und strafrechtliche Zurechnung. Die Konstitution des strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1993.
Hold-Ferneck, Alexander Der Versuch. Eine rechtsphilosophische Betrachtung zum Deutschen Strafgesetzentwurf, Leipzig, 1922.
Honig, Richard Martin Kausalität und objektive Zurechnung, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, Tübingen, 1930.
Horn, Hans-Rudolf Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, Berlin, 1962.
Hörnle, Tatjana Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht", in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heft 2/2006.
Hoyer, Andreas Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und

Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, Berlin, 1997.

Husserl, Gerhart — Negatives Sollen im bürgerlichen Recht, Breslau, 1931.

Isenschmid, Moritz — Die Bestrafung des Versuches und ihre rechtsphilosophische Begründung, Freiburg, 1943.

Jäger, Christian — Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 112, 2000.

Jakobs, Günther — Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, 1999.

Rezension: *Benno Zabel:* Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 5/2007.

Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 3/2004.

Das Schuldprinzip, Opladen, 1993.

Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar, in: Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (Herausgeber), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, München, 2000.

Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 107, 1995.

Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992.

Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, 1996.

Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.

Gleichgültigkeit als dolus indirectus, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 114, 2002.

Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Heidelberg, 2003.

Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, 2005.

Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 97, 1985.

Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Auflage, Berlin, 1997, 2. Auflage, Berlin, 1999.

Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Madrid, 2004.

Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 104, 1992.

Schuld und Prävention, Mohr, Tübingen, 1976.

Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004.

Strafbarkeit juristischer Personen?, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002.

Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin, New York, 1991.

Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der

	Normgeltung, in: Ulfrid Neumann und Lorenz Schulz (Herausgeber), Verantwortung in Recht und Moral, 2000.
	Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, 1972.
	Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
	Terroristen als Personen im Recht?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, Heft 4, 2005.
	Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974.
	Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Klaus-Michael Kodalle (Herausgeber), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, Würzburg, 1998.
Jakobs, Günther /*Meliá,* Manuel Cancio	Derecho penal del enemigo, 1. Auflage, Madrid, 2003, 2. Auflage, Madrid, 2006.
Jehle, Jörg-Martin	Strafvollzug und Empirie, in: Festschrift für Alexander Böhm, Berlin, New York, 1999.
Jescheck, Hans-Heinrich	Beiträge zum Strafrecht (1980-1998), Berlin, 1998.
	Der strafrechtliche Handlungsbegriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961.
	Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlin, 3. Auflage, 1978.
Jung, Heike	Strafvollzug im Vergleich, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.
Kahlo, Michael	Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchug zur Theorie des personalen Handelns, Frankfurt am Main, 2001.
Kaiafa-Gbandi, Maria	Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2006.
Kant, Immanuel	Werke in zwölf Bänden, Bd. VIII, Metaphysik der Sitten. Rechtslehre, Wiesbaden, 1956.
	Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Berlin, 1870.
	Kritik der praktischen Vernunft, Berlin, 1869.
Kantorowicz, Hermann	Tat und Schuld, Zürich und Leipzig, 1933.
Karding, Hilde	Die Notpflicht oder Grenzen des strafbefreienden Notstandes, Kiel, 1933.
Kaufmann, Armin	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1959.
	Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen, 1954.
	Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974.
Kaufmann, Arthur	Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Neustadt, 1949.
	Schuld und Strafe, Köln, Berlin, Bonn, München, 1956.
	Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg, 1961.
	Analogie und „Natur der Sache“, Karlsruhe, 1965.
Kelsen, Hans	Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Auflage, Tübingen, 1923.
Kienapfel, Diethelm /*Höpfel,* Frank	Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Wien, 1998.
Kindhäuser, Urs	Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht, Berlin, 1980.
Köck, Wolfgang	Kausalität und Zurechnung im Haftungsrecht. Klassische und moderne Problemkonstellationen, in: Weyma Lübbe (Herausgeber), Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, Berlin, New York, 1994.

Köhler, August	Der Notstand im künftigen Strafrecht, Erlangen, 1926.
Köhler, Michael	Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Heidelberg, New York, 1997.
Kohlrausch, Eduard	Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin, 1903.
Koriath, Heinz	Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlin, 1994.
Köstlin, Christian Reinhold	System des deutschen Strafrechts, Abteilung I, Allgemeiner Teil, Tübingen, 1855 (Nachdruck: Aalen, 1978).
Krauss, Detlef	Schuld im Strafrecht – Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, in: Festschrift für Horst Schüler-Springorum, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993.
Kutalia, Lasha-Giorgi	Das heterarchische Verbrechenssystem, Würzburg, 2008.
	brali siskhlis samartalschi (Die Schuld im Strafrecht), Tiflis, 2000.
	„Feindstrafrecht" – Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?, Göttingen, 2007.
	Theorie der allgemeinen Kontinuität, in: Hakan Hakeri, I. Schwarzmeerjuristentage. Strafrecht, Samsun, 2010.
Kutalia, Lasha-Giorgi /*Kutalia*, Rusudan	Life Axioms. For Universal Abolition of Death Penalty and Life Imprisonment, http://www.brainguide.com/life-axioms, 2010, Online Version von: Lasha-Giorgi Kutalia, Death Penalty in Modern Criminal Law, in: Bulletin of the Georgian Academy of Sciences, Band 159, Nr. 3, 1999.
Kuttner, Stephan	Kanonische Schuldlehre, Berlin, 1952.
Lackner, Karl /*Kühl*, Kristian	StGB mit Erläuterungen, 22. Auflage, München, 1997.
Lampe, Ernst-Joachim	Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 118, Heft 1, 2006.
	Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
Langer, Winrich	Gesetzesanwendung und Straftataufbau, in: Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin, 2002.
Leferenz, Heinz	Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 70, 1958.
Lehmann, Barbara	Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht, Bonn, 1962.
Lesch, Heiko Hartmut	Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.
Linde, von der, Hans	Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1988.
Liszt, von, Franz	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Berlin, Leipzig, 1884, 5. Auflage, Berlin, 1892.
	Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1 (1875-1891), Band 2 (1892-1904), Berlin, 1970.
Liszt, von, Franz /*Schmidt*, Eberhard	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Auflage, Berlin, Leipzig, 1932.
Llinares, Fernando Miró	Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, in: Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Band I, Nummer 1, Juli, 2006.
Loening, Richard	Die Zurechnungslehre Aristoteles, Jena, 1903.
	Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt am Main, 1885.
Löw, Christine	Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB,

	Frankfurt am Main, 2002.
Luhmann, Niklas	Rechtssoziologie, Band 1, Reinbek, 1972.
	Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt, 1984.
	Soziologie des Risikos, Berlin, 1991.
	Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 3. Auflage, Stuttgart, 1989.
	Soziologische Aufklärung, Band 6, Die Soziologie und der Mensch, Opladen, 1995.
Lumpe, Adolf	Das Maß der Willensbetätigung im Versuchsstrafrecht, Hamburg, 1938.
Maihofer, Werner	Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, Tübingen, 1953.
	Der soziale Handlungsbegriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961.
Malek, Klaus	Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ auf dem 30. Strafverteidigertag 2006, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft, 8-9/2006.
Mandelartz, Herbert	Zur Lehre vom Kausalzusammenhang im geltenden und kommenden Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kausalitätskriteriums, Düsseldorf, 1938.
Mantovani, Luciano Pettoello	Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 109, 1997.
Matt, Holger	Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht, Baden-Baden, 1994.
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Karlsruhe, 1954.
Maurach,Reinhart /*Schröder*, Friedrich-Christian /*Maiwald*, Manfred	Strafrecht. Besonderer Teil, T, 10. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2009.
Mayer, Hellmuth	Das Strafrecht des deutschen Volkes, Stuttgart und Köln, 1953.
	Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967.
Mayer, Max Ernst	Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung, Frankfurt am Main, 1967.
Meggle, Georg	Grundbegriffe der Kommunikation, 2. Auflage, Berlin, New York, 1997.
Meliá, Manuel Cancio	Feind„strafrecht“?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, 2005.
	Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, in: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, 1995.
Merkel, Adolf	Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart, 1912.
Merten, Klaus	Kommunikation. Eine Begriffs- und Prozeßanalyse, Opladen, 1977.
Mezger, Edmund	Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Berlin und München, 1950.
	Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: Festschrift für Ludwig Traeger, Berlin, 1926.
Montesquieu	De l’esprit des lois, Paris, 1977.
Moos, Reinhard	Neue Diversionsmaßnahmen im österreichischen Strafrecht, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.
Müllereisert, Franz Arthur	Schuld und Haftung im Strafrecht und im Privatrecht, Karlsruhe, 1941.
Nachkebia, Guram	siskhlis samartlis sagani (Der Gegenstand des Strafrechts), Tiflis, 1997.
Nass, Gustav	Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, Berlin,

1963.
Natorp, Hans — Der Mangel am Tatbestand und seine Strafbarkeit, Breslau, 1921.
Nehlep, Erwin — Die Erfolgshaftung im Reichsstrafgesetzbuch und in den Entwürfen, Berlin, 1927.
Neumann, Ulfrid — Funktionale Wahrheit im Strafverfahren, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1989.
Niese, Werner — Finaliät, Vorsatz und Fahlässigkeit, 1951.
Nowakowski, Friedrich — Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz, Wien, Köln, 1955.
Otto, Harro — Kausalität und Zurechnung, in: Festschrift für Ernst Amadaeus Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 1998.
Pawlik, Michael — Der rechtfertigende Notstand, Berlin, New York, 2002.
Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2006.
Perron, Walter — Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Festschrift für Ernst-Walter Hanack, Berlin, New York, 1999.
Peters, Karl — Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974.
Puppe, Ingeborg — Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsordnung, Band I, Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Baden-Baden, 2002.
Radbruch, Gustav — Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin, 1904.
Die Lehre von der adäquaten Verursachung, Berlin, 1902.
Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, Tübingen, 1930.
Radtke, Henning — Wechselwirkungen zwischen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung und der Sanktionierung des Bewährungsbruchs, in: Festschrift für Heinz Müller Dietz, München, 2001.
Ramsay, Peter — The Responsible Subject as Citizen: Criminal Law, Democracy and the Welfare State, in: Modern Law Review, Oxford, 2006.
Reichwein, Heinz — Über die Schuld im Strafrecht. Ein Versuch, ihre immanenten Grundprinzipien darzustellen, Solothurn, 1943.
Reinach, Adolf — Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht, Leipzig, 1905.
Rinck, Klaus — Der zweistufige Deliktsaufbau, Berlin, 2000.
Roxin, Claus — Finalität und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Berlin, 2003.
Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München, 1997.
Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, New York, 1973.
Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.
Rudolphi, Hans-Joachim — Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe, 1972.
Schuldlehre, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977.
Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen, 1969.
Rüping, Hinrich — Tatausgleich und Strafwürdigkeit, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München 2001.
Saage, Richard — Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 2. Auflage, Baden-Baden, 1994.

Salditt, Franz — Wechselwirkungen des formellen und materiellen Strafrechts, in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.

Saleilles, Raymond — Individualisation de la Peine, 2 Auflage, Paris, 1909.

Salm, Karl — Das versuchte Verbrechen. Studien zum Rechtsguts- und Verbrechensbegriff, Karlsruhe, 1957.

Saliger, Frank — Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, in: Juristenzeitung, Band 61, Nummern 15-16, August 2006.

Samson, Erich — Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, in: Festschrift für Gerald Grünwald, Baden-Baden, 1999.

Sauer, Dirk — Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift, 24/2005.

Sauer, Wilhelm — Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin,1955.

Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, Tübingen, 1930.

Sauermann, Karl — Der Versuch als „delictum sui generis", Breslau, 1927.

Schewe, Günter — Bewußtsein und Vorsatz, Berlin, 1967.

Schmid, Werner — Über Feuerbachs Lehre vom „Mangel am Tatbestand", in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München, 1978.

Schmidhäuser, Eberhard — Über Strafe und Generalprävention, in: Festschrift für Ernst Amadeus Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 1998.

Schmidt, Erich — Die Reform des Strafrechts im Rückblick auf Berliner Impulse in der Geschichte der modernen Kriminalpolitik, Tübingen, 1956.

Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Auflage, Göttingen, 1951.

Schöneburg, Volkmar — Der verlorene Charme des Rechtsstaates. Oder: was brachten die Mauerschützenprozesse?, in: WeltTrends. Zeitschrift für internationale Politik und vergleichende Studien, Nummer 34/Frühjahr 2002.

Schönke, Adolf /*Schröder,* Horst — StGB. Kommentar, 19. Auflage, München, 1978.

Schumacher, Oskar — Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1927.

Schünemann, Bernd — Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2001.

Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1971.

Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.

Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, in: Festschrit für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993.

Schützeichel, Rainer — Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann, Frankfurt am Main, 2003.

Schweikert, Heinrich — Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Karlsruhe, 1957.

Seelmann, Kurt — Hegel und Zurechnung von Verantwortung, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.

Sieber, Ulrich — Die Kollision von materiellem und prozessualem Strafrecht, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.

Siegert, Karl — Notstand und Putativnotstand, Tübingen, 1931.

Sinn, Arndt — Moderne Verbrechensverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, in: Zeitschrift für Internationale

	Strafrechtsdogmatik, 3/2006.
Spendel, Günter	Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961.
Spilgies, Gunnar	Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 2/2005.
Stein, Ulrich	Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin, 1988.
Stratenwerth, Günter	Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1976, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000.
	Unbewußte Finalität?, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974.
Struensee, Eberhard	Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg, 1993.
Tarnowski, Hans	Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, Berlin und Leipzig, 1927.
Thiel, Sven-Markus	Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Frankfurt am Main, 2000.
Thierfelder, Rudolf	Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Breslau-Neukirch, 1932.
Traeger, Ludwig	Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Marburg, 1913.
Trechsel, Stefan	Der Strafgrund der Teilnahme, Bern, 1967.
Turava, Merab	siskhlis samartali. zogadi natsilis mimokhilva (Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8. Auflage, [Mit Einleitungswort von Dr. Lasha-Giorgi Kutalia]), Tiflis, 2010.
Ulsenheimer, Klaus	Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Bonn, 1965.
Uwer, Thomas (Herausgeber)	Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1. Auflage, Berlin, 2006.
Víquez, Karolina	Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?, in: Política Criminal, 3/2007.
Watzlawick, Paul /*Beavin,* Janet /*Jackson,* Donald	Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien, Bern, 1990.
Weber, von, Hellmuth	Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, Leipzig, 1925.
	Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Bonn, 1948.
	Zum Aufbau des Strafrechtssystems, Jena, 1935.
Weigend, Thomas	Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 113, 2001.
Welp, Jürgen	Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Berlin, 1968.
Welzel, Hans	Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin, New York, 1975.
	Das deutsche Strafrecht, 3. Auflage, Berlin, 1954, 9. Auflage, Berlin, 1965, 11. Auflage, Berlin, 1969.
	Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen, 1957.
	Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Auflage, Berlin, 1944.
	Um die finale Handlungslehre, Tübingen, 1949.
	Zur Dogmatik im Strafrecht, in: Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe, 1972.
Wolff, Ernst Amadeus	Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, Heidelberg, 1964.

	Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung, Heidelberg, 1965.
	Strafrechtliche Schuldlehre, Teil I, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1928.
Wolff, Karl	Verbotenes Verhalten, Wien und Leipzig, 1923.
Yamanaka, Keiichi	Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund des Rücktritts vom Versuch, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
Zaczyk, Rainer	Über Begründung im Recht, in: Festschrift für Ernst Amadeus Wolff, Berlin, Heidelberg, 1998.
Zimmerl, Leopold	Aufbau des Strafrechtssystems, Tübingen, 1930.
Zoll, Andrzej	Rechtsnorm und Strafvorschrift, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.

An Deborah Kant

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

MERCEDES DER DEUTSCHEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Von

Lasha-Giorgi Kutalia (50)

Vortrag-Rezension zur Monografie von L.-G. Kutalia (35)

"Handlungslehre (Strafrechtliche Konzeption)"

Keywords

Das heterarchische Verbrechenssystem;

Interpersonale Handlungslehre;

Kontinuitätstheorie

•

• *Empfehlung:*

Rechtliche Revision der Reform der deutschen Rechtschreibung von 1996. Grund: Spekulativ.

Teil I

Vorbemerkungen

Was hat denn den Schöpfer von Lagma und schöner Jurisprudenz, den einzigen lebenden wie nicht lebenden Rechtswissenschaftler, der sich zwischendurch als Autor von weit über dreitausend veröffentlichten rechtswissenschaftlichen Werken entdeckt, dazu bewogen, sich hier an sein liebes Deutsch zu erinnern und sich mit Roxin, Jakobs oder Kindhäuser zu befassen? Nostalgie? Tee in der Tasse – das Resultat, die Früchte!

Fangen wir allerdings mit einem Blitzschlag gegen die in Rede stehende Monografie an: Universität Bonn – Werkgeburtsort, und das wissenschaftlich Spannendste, was an dieser Universität im Strafrecht entstanden ist und archiviert wurde, bleibt – m. E. – das grafische Strafrecht – mein Werk, dem aber in meiner Handlungslehre kein Wort gewidmet wird. Wiederum: Das wissenschaftlich Spannendste, was an der Universität Wien geschaffen wurde, bleiben – m. E. – die Grundlagen der Strafrechtsmathematik – mein Werk, dem ich ebenda ebensowenig Aufmerksamkeit schenke. Der einzige Grund hierfür besteht in der Tatsache, daß die moderne (deutsche) Strafrechtsdogmatik den Entdeckungen von solchem Ausmaß nun einmal noch nicht gewachsen ist. Vom Fuße auf zum Gipfel: Hier liegt eine (ganz objektiv) leistungsorientiert abgespitzte Abhandlung vor. Schauen wir uns mal nah und dann etwas näher an, um welche konkrete Leistung es sich eigentlich handelt.

Die interkontinentale Attraktivität der deutschen Strafrechtsdoktrin taucht am Ende des XIX. Jahrhunderts auf, nicht durch Handlung und Verbrechen als synonyme Begriffe von Hegelianern, sondern durch Kausalismus – Handlungslehre von F. v. Liszt. Der theoretisch minimalistisch aufgeladene – die “spezifisch strafrechtliche” durch “allgemeine” Konstruktion substituierende – Handlungsbegriff (Handlung als „willkürliche” Erfolgsverursachung) führt erstaunlicherweise zu einem dreigliedrigen hierarchischen Verbrechenssystem (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld), das nicht nur die kausale Handlungslehre selbst, sondern alle weiteren Handlungslehren bis dato ungekünstelt überlebt. Die Hierarchie lautet zum einen “Kein Unrecht – und somit keine präventiven Maßnahmen – ohne Tatbestand”, zum anderen “Keine Schuld – und somit keine Strafe – ohne Unrecht” und wird anhand des Vertikalitätsgrundsatzes von E. v. Beling klar und deutlich hervorgehoben. Die beiden Kausalisten vernachlässigen zwar den gegebenen Grundsatz hin und wieder, doch worauf es hier ankommt, sind nicht diese (auch viel später vorkommenden) Deviationen, sondern das Mosaik: Kausalismus rückt die Handlungslehre ins Zentrum der Strafrechtswissenschaft. Ab diesem Moment war es permanent so in der traditionellen Doktrin, dabei bleibt es – zwar nicht unangetastet, aber immerhin – unverändert auch in der modernen Dogmatik.

Storm breaking: Franz von Liszt bringt das deutsche Strafrechtsprogramm an die Spitze, nicht des kontinentalen Eisbergs, sondern des interkontinentalen Wellengebirges. Gar keinen Grund zur Skepsis lassen diesbezüglich Ernst von Beling und Gustav Radbruch. Von meinen hochver-

ehrten deutschen Kollegen kann dies heutzutage kaum bestritten werden, denn von der Seite sieht ja man schlicht besser als in jedem Spiegel.

Der den – freilich ausgehöhlten – Vorsatz ins Unrecht integrierende Finalismus von H. Welzel stellt seinerseits eine wesentliche Steigerung der Anziehungskraft des Systems dar. Ja, Handlung als "bewußte" Zielerreichung konstatiert selbstverständlich viel mehr als Kausalismus, abgesehen von technischen Lücken beiderseits, doch gerade hier, auf dem charismatischen Tandem von Kausalismus (System – Berliner Sonne) und Finalismus (Konstituens – Bonner Schatten), strahlt die Anmut der deutschen Strafrechtswissenschaft im Zenit.

Was darauf im Laufe einer kurzen Pause folgt, läßt sich nur als Abwartungsebbe vorstellen, keineswegs als Ende einer Erfolgsgeschichte. Den o. e. subjektiv-finalen Ansatz in die objektive ("sozial sinnhafte") Finalität umwandelnde soziale Handlungslehre (E. Schmidt, K. Engisch, W. Maihofer et al.) entwickelt sich zur herrschenden Meinung, mit hartmagnetischer Brand: Objektive Zurechnung, die, wie seltsam auch immer, im Begriff der Sozial(in)adäquanz von Welzel wurzelt.

Zum Schluß: Adlerauge Arth. Kaufmann greift nicht die Achillesferse der vorangehenden Handlungslehre an, sondern die Achillesferse, die alle vorangehenden Handlungslehren gemeinsam haben: Aspektismus. Infolgedessen bildet sich der personale Handlungsbegriff – eine ontologisch komplexe Handlungskonstruktion (Handlung als spezifisch menschliches Verhalten), die mich in dieser ihrer Komplexität noch als Kind ganz besonders fasziniert hat.

Wie sah aber die deutsche Strafrechtsdoktrin Jahrzehnte später aus, und zwar vor einem Vierteljahrhundert – im Herbst 2001, als ich mich in Bonn auf den ersten Blick verliebt habe? Als schon-und-noch schlafendes Dornröschen, als Beethovens Klavier in meiner Nachbarschaft: Ohne Beethoven.

Teil II

Bemerkungen

Wenn keine Lehre "herrscht" und keine neue entsteht, befaßt sich jede Dogmatik mit Modifizierung der bereits bestehenden Lehren, um nicht zu in- bzw. explodieren.

Roxins charmante Formel "Handlung als Persönlichkeitsäußerung", mit nicht weniger charmanten verbrechenssystematischen Akzenten, ist hier das erste Schwert, das den besagten gordischen Knoten löst. Im Unterschied zur personalen Handlungslehre von Kaufmann geht es diesmal maßgeblich nicht um die ontologische, sondern um ordnungstechnische Komplexität eines – hier wie dort – vortatbestandlichen Handlungsbegriffs.

In demselben oben angesprochenen Kontext wird von Jakobs die zweite Spur (hinsichtlich des von v. Bubnoff in den Tatbestand aufgenommenen sozialen Handlungsbegriffs – die dritte) der dogmatischen Autobahn wiederhergestellt: Resynonymisierung von Handlung und Verbrechen. Nur kommt es hierbei nicht um den Handlungsbegriff von Hegelianern und Binding als solchen an (gewissermaßen anders jedoch bei Lesch), – in seiner strafrechtlichen Spezifik und spezifischen Strafrechtlichkeit, vielmehr handelt es sich um Reanimierung des negativen Handlungsbegriffs von Herzberg. Trotz der eindrucksvollen Theoretisierungsversuche (Handlung als "(einseitig-) kommunikativ relevante Stellungnahme", "sozialer Sinnausdruck" usw.) der didaktisierten Systematik spricht da das Endergebnis eine ganz andere Sprache: Handlung als "vermeidbares Nichtvermeiden (in Garantenstellung)" bzw. "vermeidbare Erfolgsdifferenz" ist eben nichts anderes als desperate Pille gegen die hämmernden didaktischen Migränen des Systems.

Aus wirbelnden Wolken der Krise taucht auch die sprachphilosophisch modernisierte finale Handlungslehre in Form von Kindhäusers intentionaler Handlungslehre auf, in deren Rahmen nun die unvergeßlichen Bataillen zwischen Kausalismus und Finalismus reizvoll wiederbelebt werden. Handlung als Interpretationskonstrukt setzt insofern die mit Ziel und Zweck aufgeladene Intentionalität als konstitutives Merkmal des Begriffs voraus.

Lieb, wertvoll, spannend! Das einzige Problem: Mit virtuellen Küssen erwacht kein Dornröschen.

Teil III

Essenz

A

Interpersonale Handlungslehre

Es gibt keine durch Rechte und Pflichten konstituierte rechtliche Personalität per se, sondern sie konstituieren Interpersonalität. Sonach ist keine Personalität jenseits des Interpersonalen möglich. Der Handelnde hält sich in Grenzen der Interpersonalität nicht nur dort, wo sein Verhalten normgemäß ausfällt, vielmehr liegt ebendies auch im Falle der Delinquierung vor, die für ihn spezifische Pflichten und Rechte erzeugt. Infolgedessen: *Handlung ist im genuin rechtlichen Sinne (qualitative) Progression der Interpersonalität*.

Man handelt interpersonal in seiner Eigenschaft als Interaktionssubjekt sowohl vor wie auch während und nach dem interessierenden Verhalten. Vom Subjekt muß erwartet werden, daß er im Falle der Enttäuschung der normativen Erwartung die strafrechtliche Reaktion erwartet. Ignorierung *dieser* Erwartungserwartung bzw. *Ignorierung der Strafbarkeit* und nicht nur die Desavouierung der Norm führt zur Bedeutsamkeit der Auslösung der Reaktion für den Handlungsbegriff. Verbrechen bildet dabei *Mißbrauch rechtlichen Vertrauens, der das rechtliche Vertrauen nicht erschöpft*. Vor allem findet aber die Interaktion eben nicht außerhalb jenes Zusammenhanges statt, wo von der Aktion die Reaktion ausgelöst wird – Wesenskern der im Werk entfalteten *interpersonalen bzw. funktionalen Handlungslehre*.

Die Frage, die sich aus der daraus resultierenden Kohärenz zwischen dem Verbrechens- und dem Strafbegriff aufdrängt, was nun im interaktionistischen Strafrechtsprogramm das schuldhafte Verhalten sei, in bezug auf welches infolge eines Bestrafungshindernisses die Reaktion ausbleibt, fällt im Grunde rhetorisch aus: Das schuldhafte Verhalten, das zu keiner Strafe geführt hat, ist (nur) als Ausnahme Handlung bzw. Verbrechen, und zwar im Hinblick darauf, daß es i. d. R. die Strafe auslöst.

B

Theorie der allgemeinen Kontinuität

(Kontinuitätstheorie vs. stadiale Pyramide von Roxin)

Es kommt im funktionalen Strafrechtssystem weder auf eine isoliert prospektive noch auf eine isoliert retrospektive Sichtweise an; es geht vielmehr um *das Kontinuitätsprogramm*, das die strafrechtliche Beziehung in ihrer Komplexität resp. nicht zuletzt auch in ihrer Gegenwart aufzuzeigen hat. Mit dem interpersonalen Strafbegriff ist dabei ein überwiegend täterstrafrechtliches

Institut wie Vorbestrafung inkompatibel. Die Grundfunktion der interaktionistischen Strafe besteht eben darin, *das durch Verbrechen bedingte Vertrauensdefizit auszuräumen*, indem sie die Kontinuität der Beziehung gewährleistet. Erschöpft die Strafe das Vertrauensdefizit nicht, so ist sie nicht funktionsgerecht konstruiert und läßt sich nur formal als Kontinuitätsmerkmal erfassen.

Im Rahmen der in der Dissertation entwickelten Theorie der allgemeinen Kontinuität erfolgt sowohl Strafverhängung wie auch Strafvollstreckung streng im Rahmen und zum Zweck der allgemeinen Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung. Es gibt eine Strafe nur, wenn sie vollstreckt wird, ohne Vollstreckung hat die Strafe keine Wirklichkeit. Der Strafbegriff ist wiederum materiellrechtlicher Begriff, weshalb die Strafvollstreckung notwendigerweise durch die materiellrechtliche Kontinuität umfaßt wird. Interpersonaler Handlungsbegriff als bis zur Strafe erstreckter Handlungsbegriff ist somit ein bis zur Strafvollziehung erstreckter Begriff. Der maßgebliche Blickpunkt soll, mit anderen Worten, den gesamten Verlauf der strafrechtlichen Beziehung erfassen, in welchem *durch Strafvollstreckung nichts zu Ende gebracht, sondern nur die Kontinuität der materiellrechtlichen Beziehung aufgewiesen wird*.

C

Das heterarchische Verbrechenssystem

Die Blickrichtung der vertikal angeordneten Verbrechensmerkmale ist diejenige des ordnungstechnischen Funktionalismus, und über die Funktion des Verbrechensbegriffs im Rahmen der Rechtsbeziehung, genauer: aus der Sicht der allgemeinen Kontinuität der strafrechtlichen Beziehung besagt sie nun einmal nichts. Was sich dementgegen aus einer genuin funktionalen Konzeption ergibt, ist einzig *ein heterarchisches bzw. polyzentrisches Verbrechenssystem*, das Gestalt erst dort gewinnt, wo es auf eine interaktionistische Bestimmung des Handlungsbegriffs ankommt. Der maßgebliche Unterschied zu den traditionellen Systemen liegt dabei nicht in der Struktur, er liegt im Blickpunkt, von dem aus das Verbrechenssystem erfaßt wird: ermittlungstechnisch oder genuin theoretisch.

PS:

Was die Berliner Sonne zum Bonner Schatten wandelt, ist weder die interpersonale Handlungslehre noch das heterarchische Verbrechenssystem, sondern der dritte Kuß: Kontinuitätstheorie.